Ueberhaupt aber zeigen alle Aeußerungen der römischen Juristen über diesen Gegenstand deutlich, daß sie sich mit voller Klarheit der eigentlichen Elemente des besondern Rechts der servitus oneris ferendi bewußt waren, und auch bei der Anwendung derselben mit vollkommener Freiheit verfuhren, *nicht* aber hierbei blos durch ein dunkles und unsicheres Rechtsgefühl geleitet wurden, wie Steyer meint. Die Sucht dieses sonst talentvollen Schriftstellers, alles allein und alles besser wissen zu wollen, gieng so weit, daß er seinen Tadel fast ohne Ausnahme auch über römische Juristen ergießt, deren Stellen er behandelt. Hier mußte ihn schon die Consequenz und Sicherheit der Argumentation in den betreffenden Stellen vom Gegentheil überzeugen, wie denn überhaupt eine ruhigere und besondere Prüfung der Sache ihn wohl noch zu einem bestimmteren und in sich mehr zusammenhängenden Resultate geführt haben würde, als das jetzt gegebene ist, dem man es bald ansieht, daß der Verfasser mit seiner Untersuchung keinesweges völlig auf dem Reinen war.

XV.

Ueber das Verhältniß des Pfandrechts, welches bei einem früheren Eigenthümer erworben wurde, zu den bei späteren Eigenthümern an derselben Sache erworbenen privilegirten Pfandrechten.

Von C. G. Wächter.

I.

Wiewohl die in der Ueberschrift angegebene Frage in neueren Zeiten vielfach erörtert wurde: so wird es doch kaum ei-

ner besonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn sie hier noch einmal einer Untersuchung unterworfen wird. Das theoretische Interesse, das die Erörterung dieser Frage gewiß hat, und noch mehr die große praktische Wichtigkeit derselben, und der Stoß, den in diesem Punkte durch neuere Erörterungen die deutsche Praxis bekam, und der sie in ein großes Schwanken setzte, rechtfertigt es hinlänglich, in unsrem Archive eine kurze Nachricht über das Schicksal, welches diese Lehre in den neueren Zeiten hatte, zu geben, und die neueren Forschungen darüber einer Revision zu unterwerfen. Dieß um so mehr, als der Untersuchung dieser Frage eine neue, bisher nicht beachtete Seite abgewonnen werden kann, und bei ihr ein Weg hätte eingeschlagen werden sollen, auf welchem allein hier zu einem höhern Resultate zu gelangen seyn wird. Wenn ich hier diesen Weg, im Gegensatze zu dem Gange der früheren Forschungen, zu verfolgen versuche: so dürfte jedenfalls, sollte auch eine Meinungsverschiedenheit über die Resultate bleiben, die ich auf demselben zu Befestigung der früheren theoretischen Ansichten und der älteren Praxis gewonnen zu haben glaube, auf einen Punkt hingewiesen seyn, welcher zur sicheren und vollständigen Erledigung der Frage hauptsächlich zu untersuchen bleibt.

Bis vor zwei Jahrzehnten war es bei den Schriftstellern durchaus herrschende Ansicht, und bei der Praxis, sowohl der norddeutschen als der süddeutschen Gerichte feste Thesis, daß demjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Sache erwarb, wenn später die Sache ihren Eigenthümer (titulo singulari) ändere, und der neue Eigenthümer Concurs mache, ein Separationsrecht in diesem Concurse gebühre, daß somit das bei dem früheren Eigenthümer entstandene Pfandrecht unbedingt vorgehe allen, an derselben Sache bei späteren Eigenthümern erworbenen, selbst noch so privilegirten Pfandrechten.

Allein im Jahre 1814 griff Thibaut [1]) mit äußerst

1) Civilist. Abhandlungen S. 311 — 316.

scheinbaren Argumenten diese herrschende Ansicht an, und behauptete, daß den Pfandgläubigern aus den Zeiten des früheren Eigenthümers nur insoferne im Concurse des späteren Eigenthümers ein Vorzug gebühre, als ihr Pfandrecht ein älteres sey, und daß sie daher, wenn ihr Pfandrecht ein simples sey, den privilegirten Pfandgläubigern des späteren Eigenthümers nachstehen müssen.

Diese Ansicht Thibaut's gewann bald viele Stimmen für sich. Die Mehrzahl der neueren Systeme trat ihr bei [2]), und Spangenberg suchte sie in einer ausführlichen Entwickelung in diesem Archive [3]), welche er später, mit Zusätzen vermehrt, in Hagemann's praktischen Erörterungen [4]) wieder abdrucken ließ, gegen alle Gründe der Anhänger der früheren Ansicht noch specieller zu vertheidigen. Nur wenige hielten an der alten Ansicht fest [5]), und unter diesen nahm

2) Hepp sagt zwar in der in Note 6 angeführten Abhandlung, daß die Mehrzahl der neueren Juristen noch die frühere Ansicht vertheidige. Allein, vergleichen wir die Schriften seit 1814, so dürfte doch wohl das Resultat dahin gehen, daß die Meisten auf die Seite Thibaut's traten. So theilen Thibaut's Ansicht z. B. Glück Erläuterung der Pandecten B. XIX. S. 291. 292. Seuffert Erörterungen ꝛc. 2te Abthl. 1821. S. 116 f. und Lehrbuch des Pand. R. 1825; §. 215. Mühlenbruch doctrina pandectar. ed. 3. 1831. §. 323. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts 4. Ausg. 1831. §. 180. Schweppe das R. Privatrecht 4. Ausg. 1828 §. 361 und Syst. des Concurs. der Gläub. 3. Ausgabe 1829. §. 69 (Nur, meint Schweppe, sey wegen entgegenstehenden Gerichtsgebrauches das Gegentheil als praktisch anzunehmen.)

3) B. X. 1827. S. 404 — 413.

4) B. VIII. Abthl. 2. Hannov. 1829. S. 1 — 20.

5) Namentlich Hagemann prakt. Erört. B. VI. 1818. S. 190 f. W. v. Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts. Hamb. 1822. S. 42 — 47. v. Bolley Bemerk. zu den Württ. Pfandges. Stuttg. 1827. B. 11. S. 634. 635. Mackeldey Lehrbuch des heutg. R. R. 9. Aufl. 1831. §. 777.

dieselbe vor Kurzem Hepp [6]) in einem Aufsatze in Schutz, der hauptsächlich gegen die Argumente gerichtet ist, durch welche Spangenberg in der in diesem Archive enthaltenen Abhandlung die frühere Theorie und Praxis zu widerlegen suchte.

Bei der rühmenswerthen Beachtung, welche besonders in den neueren Zeiten unsre Gerichte theoretischen Forschungen widmen, und bei dem Beifalle, welchen die neue Ansicht über die vorliegende Frage von so vielen Seiten fand, war es zu erwarten, daß diese Ansicht sich auch allmählich Eingang in manche Gerichte verschaffen werde, und so erfahren wir dieß namentlich durch Spangenberg von dem Oberappellationsgerichte zu Celle. Bei diesem berühmten Gerichtshofe wurde bis in das Jahr 1827 an der alten Ansicht und der alten Praxis über den vorliegenden Punkt festgehalten. Allein am 5. December 1827 erklärte sich derselbe in drei gleichlautenden Urtheilen für die neue Ansicht: „angesehen das sogenannte Separationsrecht ex jure hypothecario, wenn es auch, nach einer früheren Praxis Eingang gefunden, aus unrichtigen Prämissen abgeleitet und in den Gesetzen keineswegs begründet ist.“ [7])

Von der einen Seite ist dieses Erkenntniß ein sprechender Beweis dafür, wie sehr unsre deutschen Gerichte für die Fortschritte der Wissenschaft empfänglich sind und mit ihr gleichen Schritt zu halten suchen. Dabei enthält es eine sehr erfreuliche Anerkennung der gewiß richtigen, aber doch noch bestrittenen Ansicht, nach welcher ein noch so fester Gerichtsgebrauch seine verbindliche Kraft verlieren muß, sobald das Gericht die Ueberzeugung hat, daß es den aus den Gesetzen

---

6) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim B. IV. (1830) S. 37 — 53.

7) In den in Note 4 angeführten prakt. Erört. Hagemann. S. 20.

abzuleitenden Resultaten offenbar widerspreche, und gewiß wird der Vorgang dieses Gerichtes zur Bekräftigung jener Ansicht beitragen [8]).

Dagegen glaube ich doch, was unsre vorliegende Frage betrifft, ungeachtet so bedeutender Auctorität, als Vertheidiger der alten Praxis auftreten zu sollen, und wenn durch die folgende Ausführung die Frage auch nur ins Gebiet des Zweifelhaften wieder gebracht werden sollte, so werden wir doch wohl an der alten Praxis festhalten müssen, indem, nach dem gewiß guten Grundsatze von Paulus, nur in ganz zweifellosen Fällen sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.

Für das Königreich Hannover fällt übrigens nun zum Theile die praktische Wichtigkeit dieser Untersuchung weg. Denn die angeführten Erkenntnisse des Oberappellationsgerichtes zu Celle hatten das, in diesem Bande des Archives S. 156 f. enthaltene, Gesetz zur Folge, welches im Sinne der neueren Ansicht erschien.

Wenn übrigens einmal die Frage gesetzlich entschieden werden sollte: so schien mir Alles dafür zu sprechen, die Pfand-Privilegien, welche ohnehin eine große Schattenseite unsres positiven Rechtes sind, jedenfalls möglichst zu beschränken,

---

8) In Beziehung auf die vorliegende Frage hätte aber doch wohl noch der Zweifel aufgeworfen werden können, ob nicht das durch die Praxis bekräftigte Separationsrecht bei der vielfachen Anwendung des Satzes und bei den Voraussetzungen, von welchen hiernach die Privaten bei ihren Verträgen ausgingen, in ein wahres (Volks-) Gewohnheits-Recht übergegangen war. In diesem Falle hätte dann dasselbe, wenn es auch dem Sinne des Römischen Rechtes widersprach, nicht durch einen Gerichtsspruch wieder umgestoßen werden können. Denn, wenn man auch den Grundsatz annimmt, daß ein Gesetz durch eine Gewohnheit nicht umgestoßen werden kann: so wird man doch zugeben müssen, daß das, zunächst in Folge Gewohnheitsrechtes bei uns geltende, Römische Recht neuen Gewohnheitsrechten nachstehen muß.

und gegen sie den Verkehr und früher erworbene Rechte nach Thunlichkeit zu sichern, und somit bei der vorliegenden Frage der alten Ansicht zu folgen. Denn eine innere juristische Consequenz führt keineswegs nothwendig auf den Umfang, welchen die neuere Ansicht den Pfandprivilegien geben will, und ohnehin, wenn de lege condenda die Rede ist, kann man ja die Natur des Privilegiums so bestimmen, daß sie nur so weit Consequenzen zuläßt, als man aus höheren Gründen für gut hält. Dieses, so wie daß die Römischen Juristen und daß besonders auch der rüstige Privilegienschöpfer Justinian bei der vorliegenden Frage so dachten, soll namentlich im Folgenden zu erweisen versucht werden.

II.

Man ging bei der vorliegenden Frage bisher immer von der Ansicht aus, daß in unsren Quellen eine specielle Entscheidung derselben sich nicht finde. Deßhalb suchte man sie durch Anwendung ganz allgemeiner Rechtsprincipien, mitunter auch durch einige Argumente aus einzelnen Quellenstellen über allgemeine Pfandrechts-Grundsätze, zu entscheiden. Indessen wird es sich zeigen lassen, daß mit ganz allgemeinen Principien hier wenig zu helfen ist, mit Ausnahme eines Pfandrechts-Grundsatzes, der aber gerade bei dieser Erörterung theils gar nicht beachtet, theils ganz in den Hintergrund gestellt wurde. Wir befinden uns bei dieser Frage auf dem Boden der Privilegien, also gerade dessen, wodurch die allgemeinen Principien in ihrer Anwendung auf gewisse Seiten des Rechts gebrochen werden. Hier hätte nun zunächst und vor Allem untersucht werden sollen, welche Natur, welchen Umfang und welche Wirkung schreiben die Gesetze diesen Privilegien zu. Denn nur dann hätte bestimmt werden können, in wie weit die allgemeinen Principien hier Anwendung leiden können. Allein statt dessen ließ man diese Untersuchung ganz bei Seite liegen, und schrieb geradezu den hier eingreifenden Privilegien bald eine

unbedingte, bald eine ganz beschränkte Wirkung bei, ohne genauer bei jedem einzelnen Privilegium zu untersuchen, welche Natur denn das Gesetz ihm beilege. So lange aber dieser Punkt nicht durch Detail-Untersuchung auf's Klare gebracht ist: muß bei der ganzen Frage ein Schwanken bleiben. Sind die Pfandprivilegien so unbedingter Natur, daß sie unbeschränkt ein Vorrecht am Pfande gegen jedes andere Pfandrecht geben, so kann es keinen Zweifel leiden, daß sie auch einen Sieg über die bei einem früheren Eigenthümer entstandenen Pfandrechte verschaffen müssen. Wirken sie aber blos in Beziehung auf den, bei welchem sie entstanden sind, d. h. blos gegen dessen Gläubiger: so muß natürlich die Antwort ganz anders ausfallen. Diese Fragen aber können nicht aus allgemeinen Prinzipien, sondern nur aus den Gesetzen, durch welche diese Privilegien constituirt wurden, beantwortet werden. Denn nicht, wie diese Privilegien hätten constituirt werden sollen, sondern nur die Untersuchung, wie sie es wirklich wurden, kann hier zu einem Resultate führen. Dieß wird sich noch genauer nachweisen lassen, sobald wir die Argumente näher in's Auge fassen, mit welchen bisher die Frage erledigt wurde.

Wiewohl ich hier im Wesentlichen als Vertheidiger der alten Ansicht auftrete: so gebe ich doch somit gleich zum Voraus den Gegnern derselben zu, daß ein Separationsrecht der, bei dem früheren Eigenthümer entstandenen Pfandrechte sich keineswegs unbedingt aus allgemeinen Principien und aus der Natur der Sache überhaupt herleiten lasse, sobald wir den Umstand in's Auge fassen, daß wir es hier mit positivrechtlichen Privilegien zu thun haben. Und das Letztere müssen wir offenbar zunächst bei dieser Untersuchung. Denn die „Natur der Sache", aus welcher der positive Jurist für sein positives Recht Resultate herleiten will, kann und darf ja keine andere seyn, als diejenige Natur, welche und wie das positive Recht sie sich vorstellte und bildete, und „aus der Natur der Sache argumentiren" heißt daher auf

dem Boden des positiven Rechts nichts anderes, als aus dem Geiste der positiven Gesetzgebung und den durch denselben gebildeten Principien argumentiren. Etwas ganz anderes ist eine Deduction aus natürlichen Rechtsprincipien. Denn bei dieser folgen wir blos den Eingebungen unsrer Vernunft ohne Rücksicht darauf, ob dieselben auch in dem positiven Rechte anerkannt sind, oder nicht. Ohne Zweifel müssen wir aber, wenn von Eruirung und Anwendung positiver Rechtssätze die Rede ist, das, was wir für vernunftgemäßes Recht halten, dem unterordnen, was die Gesetze für Recht erklären, und stellen daher diese für eine einzelne Lehre Principien auf, welche mit unsrem Vernunftrechte im Widerspruche stehen, so dürfen wir nicht nach diesem, sondern müssen nach Jenen für diese Lehre die Natur der Sache bilden. Nun ist es freilich häufig der Fall, daß die natürlichen Rechtsprincipien auch von unsrem positiven Rechte sanctionirt sind, und namentlich finden wir dieß auch in vielen Beziehungen beim Pfandrechte.

Allein wir müssen gerade bei dem Pfandrechte, und namentlich bei dem Verhältnisse verschiedener Pfandrechte zu einander sehr behutsam seyn in Befolgung der allgemeinen, auch von den Gesetzen anerkannten natürlichen Rechtsprincipien, weil die Gesetze bei dieser Doctrin so große Risse in die allgemeinen Principien machen, und namentlich durch die unrechtlichen Pfandprivilegien für das Pfandrecht eine ganz andere (positivrechtliche) Natur der Sache begründen, als welche aus den allgemeinen Rechtsprincipien fließen würde. Wir können daher hier, was die Natur der Sache betrifft, zunächst allerdings nur aus der positivrechtlich bestimmten Natur der vorliegenden Privilegien, und aus den Gründen, auf welche diese Privilegien sich stützen, argumentiren.

III.

An diese Grundsätze mußte hier, wiewohl sie einem Streite nicht unterliegen dürften, jedenfalls erinnert werden, weil sie

von den Vertheidigern des Separationsrechts gewöhnlich nicht gehörig beachtet werden, und weil durch ihre Berücksichtigung die für das Separationsrecht bisher vorgebrachten Gründe meist beseitigt werden. Betrachten wir nämlich diese bisher für das Separationsrecht aufgestellten Argumente: so werden wir finden, daß sie die Frage, auf welche Weise denn unsre Gesetze die Natur des Pfandprivilegiums bestimmen, und auf welche Fundamente sie diese Privilegien stützen, durchaus unbeachtet lassen, und statt dessen ohne Rücksicht auf diese gesetzlich bestimmte Natur des Verhältnisses zu allgemeinen Principien ihre Zuflucht nehmen. Jene Argumente sind Folgende [9]:

1. Man beruft sich zunächst auf den Rechtsgrundsatz, daß früher erworbene Rechte durch später bestellte nicht gebrochen werden können, besonders nicht in Fällen, in welchen die Berechtigten von ganz verschiedenen Auctoren ihre Rechte ableiten [10].

Allerdings ist dieser Rechtsgrundsatz nicht blos in der Vernunft gegründet, sondern auch von unsrem positiven Rechte vielfach anerkannt, und zu wünschen wäre es, daß unser positives Recht niemals von demselben eine Ausnahme gemacht hätte. Allein es macht gerade von diesem Grundsatze, worauf eben Thibaut a. a. O. für die vorliegende Frage zuerst hin-

---

9) Zu den Gründen für das Separationsrecht gehört auch noch der von v. Gmelin Ordnung der Gläubiger 5. Ausg. S. 84 aufgestellte, daß ja der spätere Gemeinschuldner die Sache, auf welcher ein Pfandrecht aus den Zeiten des früheren Eigenthümers hafte, um einen desto geringern Preis erhalten habe! Allein dieses ganz unhaltbare Argument ist hier nicht weiter zu berühren, da es von Thibaut civilist. Abhandlungen S. 312 vollständig widerlegt und auch von den neueren Vertheidigern des Separationsrechts nicht wieder gebraucht ist.

10) Z. B. v. Bolley Bemerk. zu d. Württ. Pfandgesetze. B. II. (1827) S. 634.

deutete, eine grelle Ausnahme durch die Pfandprivilegien, indem der jüngere privilegiatus dem älteren simplen Pfandgläubiger vorgeht. Somit können wir hier aus jenem allgemeinen Rechtssatze nicht argumentiren, sondern die Frage, dreht sich jetzt blos um die Natur des Pfandprivilegiums, d. h. sie ist blos die: gibt das Pfandprivilegium blos einen (sozusagen nur subjectiven) Vorzug unter den Gläubigern des Pfandbestellers [11]), oder wirkt es, ohne Rücksicht auf die Person des Bestellers, objectiv gegen jedes Pfandrecht an derselben Sache. Schreiben die Gesetze diese letztere Wirkung dem Privilegium zu, so leidet es keinen Zweifel, daß der simple Pfandgläubiger des früheren Eigenthümers den privilegirten des späteren Eigenthümers nachstehen muß. Statt aber nun zu untersuchen, welche Natur die Gesetze jedem einzelnen Pfandprivilegium zuschreiben, oder welche Natur des Privilegiums aus den Gründen sich ergibt, auf welche das Privilegium sich stützt, beantwortete man die Frage blos aus allgemeinen Principien und meinte

2. die Gläubiger, welchen vom früheren Eigenthümer ein Pfand bestellt wurde, können sich gegen die Gläubiger des späteren Eigenthümers darauf berufen, daß ihr Recht größer sey, als das Recht des späteren Eigenthümers selbst, von welchem die anderen Gläubiger das ihrige ableiten, indem der spätere Eigenthümer die Sache nur mit diesem Rechte behaftet, hätte erwerben können [12]).

---

11) Der Kürze wegen bezeichne ich hier durch Pfandbesteller überhaupt denjenigen, bei welchem das Pfandrecht entstand, sey es durch eine von ihm vertragsmäßig vorgenommene Verpfändung, oder durch Handlungen desselben, die ein gesetzliches oder anderweites Pfandrecht begründen.

12) Besonders v. Bolley a. a. O. S. 635.
Ebenso führen für das Separationsrecht Hagemann prakt. Erört. B. VI. S. 191 und die meisten Vertheidiger desselben den Grundsatz an, daß jede Sache nur mit ihren Lasten auf den neuen Eigenthümer übergehe, und berufen sich

Allein diese Argumente können hier wieder nicht beweisen. Das Recht der Pfandgläubiger des früheren Eigenthümers ist allerdings stärker, als das Recht des späteren Eigenthümers selbst, weil überhaupt das wohlerworbene Pfandrecht stärker ist, als das Eigenthum des dritten.

Allein dieses Argument, hier angewendet, würde viel zu viel beweisen. Denn eben so ist ja auch das Recht eines jeden simplen Pfandgläubigers stärker, als das Eigenthumsrecht dessen, der ihm das Pfandrecht bestellte.

So wenig aber hieraus folgt, daß ebendeßhalb auch das Recht des simplen Pfandgläubigers stärker seyn müsse, als alle Pfandrechte, welche derselbe Verpfänder später auf seine Sache legt: so wenig kann daraus, daß das Recht des Pfandgläubigers aus den Zeiten des alten Eigenthümers stärker ist, als das Eigenthum des späteren Eigenthümers, folgen, daß es auch stärker ist, als die von diesem bestellten privilegirten Pfandrechte. Allerdings sollte es so seyn, daß, wenn ich ein stärkeres Recht habe, als das Eigenthum, der Eigenthümer durch spätere Handlungen es mir nicht beschränken könne. Allein so ist es nun einmal nicht, eben wegen der Pfandprivilegien. Und wenn mir wegen dieser sogar mein Verpfänder, der mir noch dazu persönlich obligirt ist, mein gutes Recht durch spätere Verpfändungen brechen kann, warum soll das Gleiche nicht auch der spätere Eigenthümer thun können, welcher mir nicht einmal persönlich obligirt ist? Im letzteren Falle wäre somit in der That die Anomalie keineswegs, wie Bolley glaubt, größer, als sie es im ersteren Falle ist.

Es läßt sich somit auch hier nicht aus allgemeinen Prin-

---

namentlich theils auf D. L. 17. (de R. J.) l. 54, theils auf C. VIII. 28. (de distr. pign.) cst 12. (Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam, te non consentiente, distraxit: dominium *cum sua causa* transtulit ad emtorem.)

cipien für das Separationsrecht irgend etwas schließen, sondern es kommt blos auf die specielle Untersuchung an: wollten unsre Gesetze blos die erstere Anomalie, oder wollten sie auch die letztere durch ihre Pfandprivilegien begründen.

Aus denselben Gründen kann eben so wenig der Grundsatz: res transit cum onere suo und die const. 12. Note 12. cit. beweisen.

Allerdings geht die Sache cum sua causa auf den Erwerber über; das Pfandrecht dauert fort, und es dauert fort ganz in der Art, wie es erworben wurde, also als älteres u. s. w. Allein daraus folgt noch nicht, daß es nicht durch spätere Pfandrechte gebrochen werden kann, eben wieder, weil wir Pfandprivilegien haben, und so kommt es hier wieder ganz auf den Sinn dieser Privilegien an.

Eben so wenig beweist an sich, und ehe die Wirksamkeit der Pfandprivilegien überhaupt näher bestimmt ist,

3. der weitere Grund, auf den sich die Anhänger des Separationsrechts stützen, und der mit dem Angeführten genau zusammenhängt: daß nämlich Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen könne, als er selbst habe. Auf diesen Grundsatz nämlich könnte man sich nur dann berufen, wenn vorerst nachgewiesen wäre, daß die Pfandprivilegien nur wirken gegen die Pfandrechte, welche bei dem Besteller der privilegirten Pfandrechte entstanden (unten bei Note 23)[13]. Sobald aber dieses bewiesen ist, braucht man dann jenen Grundsatz eigentlich nicht mehr. Wird aber Jenes nicht bewiesen: so können die Gegner des Separationsrechts, von der Voraussetzung ausgehend, daß die Pfandprivilegien überhaupt objectiv wirken gegen jedes Pfandrecht an derselben Sache, bei wem es auch entstanden seyn mag, so argumen-

---

13) Dieß fühlte auch Hepp, und deßhalb ging er, ehe er sich auf diesen Grundsatz beruft, von einer näheren Feststellung des Verhältnisses der Pfandprivilegien — aber nur durch allgemeine Principien (unten No. 5.) — aus.

tiren — wie sie es auch wirklich thun — [14]): „der alte Eigenthümer konnte ja auch die Pfandrechte, welche auf der Sache liegen, durch spätere Einräumung privilegirter Pfandrechte brechen; warum soll nicht dasselbe auch der neue können?" Aber, wendet Hepp [15]) als Vertheidiger des Separationsrechtes hiegegen ein, daraus, daß der alte Eigenthümer die Sache veräußerte, folge ja, daß er von jenem Rechte keinen Gebrauch gemacht habe, noch davon Gebrauch machen wollte. Hier sey es nun das Natürlichste zu sagen: „der Verpfänder habe die Sicherheit seiner Gläubiger als ehrlicher Mann nicht gebrochen, noch brechen wollen, und daher dürfte sich auch sein Nachfolger gegen dieselben nicht erlauben, was jener, als ehrlicher Schuldner nicht gethan hat, noch thun wollte."

Allein diese Argumentation dürfte sich schon durch folgende Betrachtung beseitigen: kommt mir ein Recht zu, mit welchem verschiedenartige Befugnisse verbunden sind: so gehen, wenn ich dieses Recht einem Andern überlasse, alle mit meinem Rechte verbundenen Befugnisse im Zweifel auf meine Nachfolger über. Ob ich aber gerade von jenen Befugnissen Gebrauch machte, oder nicht, dieß kann hier nichts ändern, da weder von Verlust durch Verjährung, noch von einem bestimmten Verzichte (der übrigens hier den Singularnachfolger nicht einmal binden könnte) die Rede ist, also die Befugniß durch meinen Nichtgebrauch nicht verloren geht, und somit auf meinen Nachfolger mit dem Rechte übergehen muß. Gerade der entgegengesetzte Grundsatz würde gegen alle Rechtsprincipien anstoßen. So hat z. B. der Eigenthü-

14) s. besonders Thibaut civilist. Abhandl. S. 313. 314, und Spangenberg in diesem Archive B. X. S. 410 f. und in Hagemann's prakt. Erört. B. VIII. Abthl. 2. S. 11. f.

15) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde, Marezoll u. v. Wening-Ingenheim B. IV. S. 46. 47.

mer eines Grundstückes das Recht, sein Grundstück zu überbauen oder zu überpflanzen, und dadurch dem Nachbar Licht und Luft zu nehmen. Nun nehmen wir einmal den Fall, daß ich als Eigenthümer eines Grundstückes von jenem, im Eigenthume liegenden Rechte, aus Freundlichkeit gegen meinen Nachbar keinen Gebrauch mache. Später aber verkaufe ich das Grundstück. Soll man nun etwa hier so argumentiren können: der alte Eigenthümer hat, als freundlicher Nachbar, Luft und Licht seinem Nebenmann nicht genommen, und daher muß auch sein Nachfolger freundlich seyn, und darf sich gegen den Nachbar nicht erlauben, was jener aus freundlichen Rücksichten nicht gethan hat, noch thun wollte??

4) Wenn Hepp [16]) weiter behauptet, daß man doch nicht von einem eigenthümlichen Rechte sprechen könne, welches die Gesetze dem Schuldner als Theil seines Vermögens dahin, daß er seine Gläubiger durch neue Verpfändungen um ihre Sicherheit bringen könne, hätten einräumen wollen, und welches nun als Solches auf den Nachfolger übergehe: so ist dieß im Ganzen nur ein Streit über Worte.

Die Gesetze gehen allerdings bei der Constituirung der Pfandprivilegien nicht von dem Zwecke aus, den Schuldner zu berechtigen, sondern von dem, den Gläubiger zu begünstigen. Als Recht räumen sie dem Schuldner blos die neue Verpfändung der Sache ein. Macht er von diesem Rechte Gebrauch: so kann nach Umständen dadurch ein früheres Pfandrecht gebrochen werden, wenn der neue Gläubiger zu der begünstigten Classe gehört. Jenes Recht des Schuldners nun — das des Weiterverpfänders — ist ein im Eigenthume überhaupt liegendes Recht, und muß daher mit dem Eigenthume, als Folge des erworbenen Eigenthumes, auch auf den neuen Eigenthümer überge-

16) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde, Marezoll und v. Wening. B. IV. S. 44 f. vergl. auch S. 46.

ben, gerade wie das Recht, die Sache mit Servituten zu belasten, auf den neuen Eigenthümer übergeht. Nur tritt hier die Verschiedenheit ein: durch spätere eingeräumte Servituten kann ich früher bestellte niemals beschränken; allein bei dem Pfandrechte ist es anders. Das spätere Pfandrecht, welches der Eigenthümer vermöge seines Eigenthumsrechts einräumt, kommt oft über das frühere zu stehen wegen einer gesetzlichen Begünstigung des Gläubigers.

Hier ist nun aber wieder der Punkt, auf welchen zur Erledigung unsrer Frage eingegangen werden müßte, aber von unsren Schriftstellern nirgends durch eine Untersuchung der Gesetze über Pfandprivilegien eingegangen wird.

Es kommt hier nämlich nun ganz auf die Frage an: wie weit geht jene gesetzliche Begünstigung des Gläubigers? Geht das Privilegium so weit, daß dadurch auch Rechte aus den Zeiten des früheren Eigenthümers gebrochen werden, oder geht es nicht so weit?

Hepp ist, so viel ich finde, der Einzige, welcher dieses mit Recht beachtete, und auf diese Frage näher einging [17]) und so auf den Punkt hindeutete, der hier vor allen Dingen erledigt werden muß, und auf welchen man hier, bei einem tieferen Eingehen in die Sache immer als auf den Punkt stoßen muß, von welchem Alles abhängt.

Nur ließ sich Hepp auf diesen Hauptpunkt, wie mir scheint, nicht von der rechten Seite ein. Denn er sucht hier wieder Alles nur durch allgemeines Raisonnement zu erledigen, während doch über die Frage, welche Ausdehnung die Gesetze einem Privilegium geben wollten, nur durch Interpretation der Gesetze selbst und durch Erforschung der Gründe, von denen sie dabei ausgehen, ein sicheres Resultat erlangt werden kann. Auch gibt wirklich seine Argumentation, die er selbst spitzfindig nennt, keinen Beweis, sondern im Grunde nur Behauptungen. Richtig ist nämlich al-

17) a. a. O. S. 47 — 50. auch S. 45.

lerdings, daß der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers nicht eigentlicher Pfandgläubiger, wie es Hepp nennt, oder nicht eigentlicher creditor des späteren Eigenthümers ist, sondern nur vermöge seines dergleichen Rechts den letzteren als dritten Besitzer auf Herausgabe der Sache belangen kann. Allein kann man deshalb nun schon ohne weiteres mit Hepp sagen „deßhalb kann er auch nicht mit den privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners in Collision gerathen?“ oder „deßhalb braucht er sich auch nicht in den Concurs desselben einzulassen?“ Offenbar folgt an sich das Letztere aus dem Ersteren nicht. Die privilegirten Pfandgläubiger des Gemeinschuldners sind ja jedenfalls auch Dinglich Berechtigte, und haben gegen ihn jedenfalls so viele (und noch mehr) Rechte, als gegen einen dritten Besitzer des Pfandes. Kommt daher nun ein Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers: so collidiren nun dingliche Rechte mit dinglichen Rechten, und hier kann nun die Frage, welches dingliche Recht stärker sey, offenbar nicht von dem Umstande an sich abhängen, daß mit dem einen dinglichen Rechte noch eine persönliche Forderung verbunden ist, mit dem andern nicht. Jedenfalls kann doch der Umstand, daß mit dem einen dinglichen Rechte noch eine Forderung verbunden ist, an sich nicht machen, daß nun dieses letztere dingliche Recht das schwächere werden soll. Denn wie soll ein dingliches Recht dadurch und deßhalb, weil ein persönlicher Anspruch sich mit ihm verbindet, in der Collision mit einem andern dinglichen Rechte zurückstehen? — Ueberhaupt denkt man sich hier etwas einseitig immer nur den Fall unsres Deutschen Concurses. Können denn nicht auch Pfandrechte bei dritten Besitzern collidiren, oder verschiedene Pfandrechte gegen einen zwar solventen aber morosen Schuldner der Kürze oder anderer Gründe wegen, z. B. weil er unbefugt veräußern will, geltend gemacht werden? Nun nehme man z. B. den Fall: A verpfändet dem X sein Haus, verkauft es später an den Ehemann B, der von sei-

ner Frau C eine Dos erhielt, und dieser verkauft das Haus an D. Nun concurriren gegen D wegen des Hauses der X und die C, Ersterer auf sein Alter und das Pfandrecht aus den Zeiten des ersten Eigenthümers, Letztere auf ihr privilegirtes Pfandrecht sich berufend. Für diesen und ähnliche Fälle würde das Argument von Hepp nichts entscheiden. Zwar sagt Hepp weiter: „Wenn das Gesetz aus besonderer Vorliebe oder Begünstigung dem einen oder andern Pfandgläubiger des Gemeinschuldners ein Privilegium vor dem andern ertheilt: so sagt es damit nur dieses: von den wirklichen Gläubigern und Pfandgläubigern des Gemeinschuldners soll ohne Rücksicht auf das Alter des Pfandrechts, der eine dem andern vorgezogen werden."

Hieraus würde dann allerdings folgen, was Hepp weiter folgert, daß nämlich „der so Begünstigte sein Vorzugsrecht nur gegen diejenigen geltend machen könne, die wirklich nur zugleich Pfandgläubiger des Gemeinschuldners sind", also nicht auch gegen die Pfandgläubiger des früheren Eigenthümers der Sache.

Allein hier setzt Hepp etwas (jenes „Wenn") als bewiesen voraus, was noch gar nicht bewiesen ist, und wir stehen hier wieder an der viel berührten Hauptfrage still, auf die man hier am Ende immer kommen muß, welche aber überall zur Seite liegen gelassen wird, nämlich der: Ertheilt denn wirklich das Gesetz bei dem privilegirten Pfandrechte dem Pfandgläubiger blos einen Vorzug vor den andern Pfandgläubigern des Gemeinschuldners? gibt es, wie Hepp voraussetzt, bloß Vorrechte beim Concurse dessen, von welchem die Pfandrechte bestellt wurden? Hepp nimmt diese Voraussetzung schon als ausgemacht an, während sie erst aus den Gesetzen hätte erwiesen werden sollen. Denn mit demselben Rechte könnten die Gegner des Separationsrechtes — wie sie es auch thun — von der entgegengesetzten Voraussetzung ausgehend, mit einem andern „Wenn" kommen und so argumentiren: Wenn das Gesetz unbedingt

sagt, das privilegirte Pfand ist stärker als jedes andere Pfand an derselben Sache: so sagt es eben damit, daß das privilegirte Pfand ohne Rücksicht auf die Frage, bei wem es entstand, das beste an der Sache seyn, daß es also auch stärker seyn muß, als das simple, vom früheren Eigenthümer der Sache bestellte.

Wir sehen somit auch hier wieder, daß alles auf die Untersuchung der Frage ankommt, welche von diesen beiden Voraussetzungen begründet ist, eine Frage, welche allein durch Untersuchung der Natur der einzelnen Pfandprivilegien und der dieselben constituirenden Quellen erledigt werden kann.

Wenn übrigens Hepp [18]) zur Widerlegung der Voraussetzung der Gegner des Separationsrechtes anführt, daß man bei ihr Betrug auf Betrug häufen, und eigentlich nur dem Nachfolger ein Recht zur „Prellerei" des Pfandgläubigers einräumen würde, weil auch der Vorgänger dieses Recht gehabt habe, und daß dieses unmöglich Absicht der Gesetze seyn könne: so ist hier ohne Zweifel von einer unrichtigen Supposition ausgegangen. Denn von Betrug kann man hier beinahe niemals sprechen.

Bei weitem die meisten privilegirten Pfänder sind ja Legalpfänder, bei welchen, wie Hepp selbst zugibt, „auch der ehrlichste Schuldner durch die Umstände genöthigt werden kann, wider seinen Willen die rechtliche Sicherheit seiner simplen Pfandgläubiger zu gefährden," und in den meisten Fällen wird hier der Schuldner bei der Contrahirung der, ein privilegirtes Legalpfand herbeiführenden, Schuld, an die Entstehung des Pfandrechts gar nicht einmal denken. Ebenso wird in den wenigen Fällen, in welchen eine Conventionalhypothek privilegirt ist, bei der Bestellung derselben der Schuldner selten an den Vorzug der Hypothek denken, ja selten ihn nur kennen, und wenn er ihn auch kennt und daran denkt, doch gerade bei den besonderen Fällen der privile-

---

18) a. a. O. S. 44.

girten Conventionalhypotheken (denn sie kommen ja nur beim creditum ad conservandam, emendam etc. rem vor) nicht leicht den Gedanken haben, frühere Gläubiger um das Ihrige zu betrügen. Aus dem Grunde der Nichtbegünstigung des Betrugs kann also hier nicht argumentirt werden. Man kann blos sagen: *res* in se dolum habet, d. h. die Pfandprivilegien sind eine Ungerechtigkeit. Allein sie sind leider nun einmal eine gesetzlich sanctionirte Ungerechtigkeit, und hier läßt sich aus allgemeinen Principien höchstens Das, wie weit die Gesetze bei dieser Ungerechtigkeit gehen sollten oder vielmehr nicht sollten, nicht aber, worauf es doch hier allein ankommt, das deduciren, wie weit sie wirklich gingen, oder nach den von ihnen ausgesprochenen oder in ihren einzelnen Fällen liegenden Gründen gehen wollen konnten. Zwar beruft sich Hepp noch auf den Grundsatz, daß solche ungerechte Privilegien strict zu interpretiren und somit in Betreff der Personen, gegen welche sie wirken, möglichst zu beschränken seyen. Allein von diesem Grundsatze können wir doch nur dann Gebrauch machen, wenn die Gesetze über die Sache sich vag oder zweifelhaft ausdrücken. Ob sie aber dieß thun, wie sie sich überall ausdrücken, dieß ist eben noch der Punkt, welcher bei dieser Frage meines Wissens nie untersucht wurde.

4. Für die Behauptung, daß der spätere Eigenthümer durch privilegirte Pfandrechte die Sicherheit der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers nicht brechen könne, führt v. Schirach [19]) noch den Grund an: „die Letzteren hätten im Vertrauen, daß ihr Pfandrecht allen vom späteren Eigenthümer errichteten Pfandrechten vorgehe, die Uebertragung der Pfänder an ihn geschehen lassen; sie hätten dieser Veräußerung widersprechen, oder doch verlangen können, daß vor der Uebertragung an einen Andern ihre Befriedigung aus dem Pfande geschehe; allein weil sie sich

19) Beiträge zur Anwendung des Rechts rc. S. 45.

auf ihr früheres jus quaesitum stützten, willigten sie darein, daß das Pfand in das Vermögen eines Andern überging, der sie natürlich nicht mit mehreren Rechten erlangte, als sein Auctor hatte.

Allein hier könnte man gleich gegen das Letztere einwenden, daß ja auch der Auctor die Möglichkeit hatte, durch Einräumung privilegirter Pfandrechte jene ältere Pfandrechte zu brechen. Aber auch hievon abgesehen: so kann man unmöglich supponiren, was hier v. Schirach als Factum für jeden Fall supponirt. Von einer ausdrücklichen Einwilligung in die Veräußerung kann hier nicht die Rede seyn; denn durch diese würde ja in der Regel das Pfandrecht des einwilligenden Gläubigers verloren gehen. Eben so wenig läßt sich in der Regel von einer stillschweigenden Einwilligung sprechen. Denn abgesehen davon, daß auch durch eine solche bisweilen das ganze Pfandrecht verloren gehen kann: so wird theils in den seltensten Fällen der Gläubiger im Augenblicke der Veräußerung von derselben Nachricht erhalten, theils geht die ganze Argumentation von der unrichtigen Voraussetzung aus, als ob der Gläubiger die Veräußerung verhindern oder verlangen könnte, daß er vor der Veräußerung aus dem Pfande befriedigt werde. Bekanntlich kann er aber ja nur in den wenigsten Fällen die Veräußerung verhindern, und wenn er sie nicht verhindern kann: so kann er auch keine Bedingungen an sie knüpfen, vollends nicht durch bloße Mentalreservationen. Eine Befriedigung aus dem Pfande aber kann er — was auch wohl allgemein zugegeben werden wird — eben so wenig in der Regel schon dann und blos deßhalb verlangen, wenn und weil der Schuldner veräußern will.

5. Noch stützen sich endlich [20]) einige Vertheidiger des

20) Außer den angeführten Gründen berufen sich die Vertheidiger des Separationsrechts — aber eben so auch seine Gegner — auf die „Billigkeit.“ Davon wird später noch die

Separationsrechts [21]) darauf, daß das Pfand, welches der spätere Eigenthümer erwerbe, gleichsam fremdes Gut sey, der Gemeinschuldner aber nur sein eigenes, nicht fremdes Gut seinen Gläubigern abzutreten das Recht habe. Indessen wird es nicht nöthig seyn, auf diesen Grund näher einzugehen, da er schon von Spangenberg [22]) widerlegt ist, und auch neuere Vertheidiger des Separationsrechts, z. B. Hepp sich seiner nicht mehr bedienen.

IV.

Aus dieser Erörterung dürfte wohl hervorgehen, daß die Gründe, welche bisher für das in Frage stehende Separationsrecht angeführt wurden, theils an sich für diese Frage nichts beweisen, theils auf eine nichtbewiesene Voraussetzung sich stützen, nämlich auf die, daß die Pfandprivilegien blos einen Vorzug vor den Gläubigern dessen geben, welcher die Pfandrechte bestellte.

Sollten aber nicht auch die Gegner des Separationsrechtes bei ihrer Bestreitung dieses Rechtes ebenfalls nur von einer unbewiesenen Voraussetzung ausgehen? Der Hauptgrund, aus welchem das Separationsrecht von seinen Geg-

---

Rede seyn. Außerdem berufen sich auch noch einige ältere Vertheidiger des Separationsrechts auf const. 15. de pignorib. Diese Stelle ist allerdings eine, und wie mir scheint, die einzige, einen solchen allgemeinen Grundsatz enthaltende, aus welchem für das Separationsrecht ein unterstützendes Argument beigebracht werden könnte. Allein sie kann ein solches nur in Verbindung mit andern — von den Vertheidigern des Separationsrechts nicht berührten — Gründen geben. Daher wird erst später von ihr die Rede seyn. Uebrigens wird gerade jene Stelle von den neueren Vertheidigern des Separationsrechts ganz übergangen.

21) Z. B. Hagemann prakt. Erört. B. VI. S. 191.

22) in Hagemann's prakt. Erört. B. VIII. Abthl. 2. S. 13. f.

nern bestritten wird, ist der: Privilegirten Pfandrechten gebühren, als solchen, ohne Rücksicht auf das Alter ein Vorrang vor allen andern Hypotheken an derselben Sache. Hieraus folge sodann von selbst, daß der frühere simple Pfandgläubiger sich nicht auf ein jus quaesitum berufen könne, wenn sein Recht durch später eingeräumte privilegirte Pfandrechte gebrochen werde. Denn der Verpfänder habe ja als Eigenthümer der Sache Solche einräumen können und dürfen. Was nun aber diesem als Eigenthümer möglich gewesen, müsse auch dem späteren Erwerber der Sache möglich seyn, da dem Nachfolger die Rechte des Vorgängers nicht abzusprechen seyen [23]).

Dürfte aber nicht bei dieser ganzen Argumentation von einer petitio principii ausgegangen seyn? Sie ist ohne Zweifel ganz richtig und voll beweisend, sobald der erste Satz derselben begründet ist. Denn gegen die Folgesätze läßt sich, den ersten Satz als richtig vorausgesetzt, nichts einwenden, wie im Obigen gezeigt wurde, und nicht gegen die unumstößlichen Folgesätze, wie es bisher von den Anhängern des Separationsrechts meist geschah, sondern höchstens blos gegen jenen ersten Satz würde sich ein Angriff richten lassen. Nun haben aber die Gegner des Separationsrechtes die Richtigkeit dieses ersten Satzes, von dem alles Andere abhängt, nicht bewiesen, oder auch nur beweisen wollen, sondern als einen feststehenden Grundsatz, oder wie Spangenberg sagt, als ein „unumstößliches Rechtsaxiom“ für zweifellos und keines weiteren Beweises bedürfend angenommen.

Allein, möchte man fragen, wo sprechen denn die Gesetze den Grundsatz aus: Privilegirten Pfandrechten gebühre unbedingt, so zu sagen ein objectiver Vorrang vor allen andern Hypotheken ohne Rücksicht darauf, bei wem diese

23) s. vorzüglich Thibaut civilist. Abhandl. S. 313. 314. Ferner Spangenberg a. a. O. S. 15. vergl. mit S. 11. f.

Hypotheken entstanden? Können die Gesetze nicht auch sagen, daß die privilegirten Pfandrechte blos gegen diejenigen Pfandrechte stärker seyn sollen, welche bei dem gemeinschaftlichen Besteller, nicht auch gegen diejenigen, welche bei einem früheren Besteller entstanden? und sagen sie dieses nicht wirklich? Wenn sie aber dieses wirklich sagen oder es als ihr Sinn aus den Gründen hervorgeht, auf welche sie die einzelnen Privilegien stützen, was nachher zu beweisen versucht werden soll: so schlagen nun alle Folgesätze der Gegner des Separationsrechtes um, und wirken gegen sie. Sobald nämlich die Gesetze das Letztere sagen: so folgt daraus, daß der Eigenthümer einer Sache durch Einräumung privilegirter Pfandrechte an derselben blos und allein die jura derjenigen simpeln Pfandgläubiger, welchen er Rechte einräumte, brechen kann, daß somit sein Nachfolger durch neue Verpfändungen wieder nur die Sicherheit der Pfandgläubiger, welchen er, der Nachfolger, Rechte einräumte, gefährden kann u. s. f., daß aber die Privilegien nicht gegen Pfandrechte, welche ein früherer Eigenthümer bestellte, wirken können. Es bleibt zwar dabei immerhin die Behauptung der Bestreiter des Separationsrechtes richtig, daß, „wenn der Verpfänder selbst durch die Bewilligung privilegirter Pfandrechte die Rechte seiner simplen Pfandgläubiger brechen kann: eben diese Befugniß seinem Nachfolger nicht abgesprochen werden könne“ 24). Allein es ist hier dann der Nachdruck völlig auf Jenes: „seiner“ zu setzen. Der Verpfänder kann dann durch die Bewilligung privilegirter Pfandrechte nur die Rechte seiner simpeln Pfandgläubiger, nicht aber auch die Rechte Solcher, welche von früheren Eigenthümern Pfandrechte erhielten, brechen, und eben deßhalb kann dann auch der Nachfolger nur die Rechte seiner Pfandgläubiger, d. h. welche von ihm Pfandrechte erhielten, nicht die der Pfandgläubiger seines Vorgängers brechen.

---

24) Thibaut a. a. O. S. 314.

Es kommt somit Alles auf jenen ersten Satz der Argumentation der Gegner an, gegen welchen Hepp daher mit Recht, nur, wie mir scheint, nicht in der rechten Weise, einen Theil seiner Ausführung richtete, und es dürfte hiedurch wieder sich zeigen und bewiesen seyn, daß in der vorliegenden Frage ohne eine genaue Untersuchung der Natur und des Umfanges der einzelnen Pfandprivilegien sich gar nichts entscheiden läßt.

Zwar werden gegen das Separationsrecht noch einige andere Gründe angeführt. Allein die Wirksamkeit dieser Gründe kann auch nur von der Beantwortung der eben berührten Frage abhängen. Spangenberg [25]) beruft sich nämlich bei seiner Bestreitung des Separationsrechtes noch theils auf die wohlerworbenen Rechte der privilegirten Pfandgläubiger, theils auf die universelle Natur des Concurses, theils auf die Billigkeit. Allein von wohlerworbenen Rechten der privilegirten Pfandgläubiger des Gemeinschuldners kann hier gegen die Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers nicht die Rede seyn, sobald die Gesetze den Vorzug der Privilegien blos beschränken auf die vom Gemeinschuldner bestellten Pfandrechte. Denn dann konnten seine privilegirten Pfandgläubiger sich gegen Jene keine Rechte auf Vorrang erwerben. Was sodann die Billigkeit anbelangt, so würde sie allerdings „eher dafür reden, daß die, seyen es früher, oder seyen es später erworbene, Rechte der (privilegirten) Pfandgläubiger des neuen Eigenthümers nicht verletzt werden dürfen", wenn erwiesen wäre, daß diese Pfandgläubiger wirklich nach den Gesetzen Rechte gegen den Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers hätten. Es kommt also auch hier wieder ganz allein auf die obige Frage an. Zwar sagt Spangenberg [26]) weiter: „warum

---

25) in Hagemann's prakt. Erört. B. VIII. Abth. 2. S. 8. f.

26) a. a. O. S. 18.

sollen solche bevorzugtere Gläubiger durch ein angebliches Separationsrecht des Pfandgläubigers des Vorbesitzers zu kurz kommen, und ihn aus ihrem Beutel bezahlen, während derselbe, wenn der Vorbesitzer und ursprüngliche Pfandbesteller der Gemeinschuldner geworden seyn würde, vielleicht der allerletzte unter den Pfandgläubigern gewesen und leer ausgegangen seyn würde.“ Allein die letztere Voraussetzung, daß hier der Separatist gegen seine früheren Verhältnisse gewinnen würde, oder wie Spangenberg an einer andern Stelle (a. a. O. S. 15) sagt „vorzüglichere Rechte erhalte, als die ihm vorher zugestanden haben,“ dürfte wohl nicht begründet seyn. War er nämlich wirklich der unterste Pfandgläubiger des früheren Eigenthümers der Sache, gingen ihm somit andre Pfandgläubiger dieses Eigenthümers vor: so können diese ja auch im Concurse des neuen Eigenthümers auftreten und ihm hier, wenn sie nun mit ihm das Separationsrecht geltend machen, wieder vorgehen, weil unter den Pfandgläubigern des alten Eigenthümers durch Veräußerung der Sache ihr Verhältniß zueinander nicht geändert wird. Treten sie aber nicht im Concurse des neuen Eigenthümers auf, dann gewinnt jener freilich, aber nur wegen ihrer Nachlässigkeit oder ihres Irrthums, wie er gerade auf dieselbe Weise gewinnen würde, wenn sie sich, falls der frühere Eigenthümer Gemeinschuldner geworden wäre, in dessen Concurse nicht meldeten.

Auch die sehr scheinbare Argumentation Spangenbergs [27]) aus der universellen Natur des Concurses verliert jedenfalls ihre Beweiskraft, sobald die Gesetze die Pfandprivilegien nur wirken lassen gegen die, welchen der Gemeinschuldner Pfandrechte bestellte. Man könnte aber auch sogar, wenn man einmal das Letztere vorläufig als bewiesen annimmt, diese ganze Argumentation Spangenbergs zugeben; man könnte zugeben, daß der Pfandgläubiger aus den Zeiten des

---

27) a. a. O. S. 8. f.

früheren Eigenthümers in den Concurs des späteren Eigenthümers sich einlassen müsse. Allein hieraus würde noch nicht folgen, daß er den privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners nachstehe. Denn man muß dann eben, wenn meine obige Voraussetzung begründet ist, ihm ein unbedingtes Vorzugsrecht vor den privilegirten Pfandgläubigern einräumen, das dann in der Wirkung allerdings einem Separationsrechte gegen sie gleich kommt. Ueberhaupt dürfen wir bei dieser Frage, wie schon oben bemerkt wurde, nicht zu sehr und nicht blos unsren Concurs im Auge haben, sondern müssen blos das Verhältniß der verschiedenen Pfandrechte zu einander in's Auge fassen, das ja auch außer dem eigentlichen Concurse sich collidirend äußern kann und das durch unser besonderes processualisches Verfahren beim Concurse nicht geändert wird. Auch fordert hier beim Concurse der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers nicht, wie Spangenberg a. a. O. S. 15 sagt, aus der Concursmasse des späteren Eigenthümers die Passiva des früheren Eigenthümers heraus, sondern verfolgt nur sein Pfandrecht gegen den Gemeinschuldner, als dritten Besitzer der Sache, wenn und soweit ihm nicht bessere Pfandrechte vorgehen. Mit dieser Verfolgung aber muß er durchdringen, wenn er blos mit, sey es auch privilegirten, Pfandgläubigern des Gemeinschuldners zu thun hat, falls die Gesetze wirklich den Grundsatz aussprechen, daß die Pfandprivilegien nur gegen die von derselben Person eingeräumten Pfandrechte wirken.

V.

Die bisherige Ausführung dürfte wohl hinlänglich gezeigt haben, daß bei der Frage: ob der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers bei der Collision mit privilegirten, bei dem früheren Eigenthümer entstandenen, Pfandrechten einen unbedingten Vorzug habe, es zunächst allein auf die Untersuchung ankommen müsse, welche Natur

und welche Wirkung die Gesetze den einzelnen Pfandprivilegien zuschreiben. Bei dieser Untersuchung muß aber natürlich jedes einzelne Pfandprivilegium für sich in's Auge gefaßt werden.

Am geeignetsten wird es seyn, hier von dem Pfandprivilegium auszugehen, welches das Einzige ist, das bei den Römern der Doctrin seine Entstehung verdankte, nämlich dem A. Privilegirten Pfandrechte wegen des s. g. creditum in utilitatem. Es gehört hierher:

1. das Pfandrecht, welches für ein zur juristischen oder physischen Erhaltung oder Ausbesserung einer Sache gegebenes Gelddarlehen, so wie
2. das Pfandrecht, welches für ein zur Anschaffung oder Verfertigung einer Sache gegebenes Gelddarlehen vom Gläubiger an dieser Sache erworben wurde;
3. das Pfandrecht des Pupillen an der mit seinem Gelde gekauften Sache.

Bekanntlich ist über die hierher zu zählenden Fälle viel Streit. Namentlich betrifft derselbe die Frage, ob in den Fällen von Nr. 1 und 2 das privilegirte Pfandrecht bei jeder Sache, zu deren Besten oder zu deren Anschaffung geliehen wurde, oder nur bei gewissen Sachen, ferner ob es blos bei Gelddarlehen, oder nicht auch noch in einigen andern Fällen Statt finde. Indessen kann bei unsrer Untersuchung dieser Streit auf sich beruhen gelassen werden, da es auf dieselbe im Wesentlichen von keinem Einflusse ist, ob man eine größere oder geringere Ausdehnung des Privilegiums annimmt.

Dieses privilegirte Pfandrecht stützten die Römischen Juristen, denen es in seinen Grundzügen seine Entstehung verdankt, auf die Betrachtung, daß es natürlich seye, dem Pfandgläubiger einen Vorzug zu geben, welcher durch sein Geld das ganze Pfand vom Untergange rettete oder verbesserte oder dem Vermögen des Schuldners erwarb oder erhielt.

Aus den Worten der Pandecten- und Codex-Stellen, welche von diesem Pfandrechte handeln, läßt sich —

was unsre Frage betrifft — nicht unmittelbar entnehmen, ob dieses Pfandrecht auch gegen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers als privilegirt wirke, oder nicht. Es soll daher hier zunächst untersucht werden, ob nicht die Gründe, auf welche sich dieses Privilegium stützt, und die Natur der Fälle, in welchen es gegeben wird, zu einem Resultate über unsre Frage führen. Betrachten wir daher einmal:

1. Die erste Stelle im Pandectentitel: qui potiores, welche von diesem Privilegium spricht (XX. 4. l. 3. §. 1.). Hier sagt Papinianus (responsor. Lib. II.):

Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, prius quam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditum possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit, *si non secundus creditor pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset: verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris, potiorem fore constaret:* nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

Hier führt die oben angeführte Erwägung der Römischen Juristen allerdings ganz darauf, daß im Falle dieser Stelle der zweite Pfandgläubiger dem ersten vorgehen muß. Dem Alter nach geht, wie die Stelle anerkennt, der Erste vor.

Allein der Zweite hat durch sein Geld dem Schuldner die völlige Erwerbung der Sache, und somit die Convalescirung des Pfandes des Ersten, erst möglich gemacht, und deßhalb, weil er salvam fecit totius pignoris causam (l. 6 pr. eod.) ist der Zweite dem Ersten vorzuziehen.

Soweit hat die Entscheidung ihren guten civilistischen Grund. Allein paßt derselbe auch nur irgend auf das Verhältniß zu einem Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers? Man

nehme nur einmal in Papinian's obigem Falle an, daß das Grundstück, ehe es für Titius erkauft wurde, von seinem früheren Eigenthümer schon an einen Andern, an A, verpfändet war, und daß dann erst Titius, während es noch nicht in seinen Händen ist, es an B, und hieraus für das Anlehen des Geldes, mit welchem er den Kaufpreis bezahlte, an C verpfändete. Mit welchem vernünftigen Grunde ließe es sich nun hier irgend rechtfertigen, wenn man den C nicht blos über den B, sondern auch über den A setzen wollte? Die Handlung des C ist ja völlig einflußlos auf die Lage und Verhältnisse des A, und der einzige Grund der Privilegirung des Pfandrechtes des C erstreckt sich blos auf B, trifft aber durchaus nicht das Verhältniß des A. Könnte man denken, daß Papinian hier je auf eine Weise argumentirt hätte, durch welche auch C über A hinauf gekommen wäre? Man müßte ja dabei geradezu so argumentiren: A ist besser als B; aber C ist besser als A, weil er — dem schlechteren B ein Pfandrecht salvirte. Denn der C salvirte pignoris causam blos für sich und für B, nicht im Allergeringsten aber für A. Dieser hatte schon vorher sein gutes festes Pfandrecht, mag nun C dem Titius Geld zur Einlösung der Sache leihen oder nicht.

Daß die Römischen Juristen in einem solchen Falle nicht untersuchten, ob denn das Privilegium auch gegen einen Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers wirke, dieß kann somit gar nicht auffallend seyn. Denn daß es nicht gegen ihn wirken könne, dieß mußte sich mit dem ersten Blicke auf die Gründe und die Natur des Privilegiums ergeben. Das ganze Privilegium gründet sich ja nur darauf, daß der Privilegirte durch sein Darlehen die Sache in das Eigenthum des gemeinschaftlichen Verpfänders brachte, und dadurch den andern Pfandgläubigern desselben erst ihr Pfandrecht verschaffte oder sicherte. Es aber nun auch gegen einen Solchen auszudehnen, welchem dadurch nicht das Geringste verschafft oder gesichert wurde, welcher

schon ein ganz festes, von jenem späteren Acte völlig unabhängiges, Recht hatte, dieß würde so sehr gegen alles juristisch Denkbare anstoßen, daß wir nicht einmal einer willkührlichen Constitution, am wenigsten aber der Argumentation der Römischen Juristen dieß zutrauen könnten. Würde dieß noch je einen Zweifel leiden können: so dürfte derselbe noch vollends ganz verschwinden, wenn man sich den Fall denkt, daß die angegebenen Pfandgläubiger bei einem dritten Besitzer collidirten. Füge man dem obigen Falle z. B. noch bei, der Titius hätte später das Grundstück an Sempronius veräußert, und nun treten A, B, C gegen Sempronius mit der hypothecaria auf. Soll man hier dem C ein Vorzugsrecht gegen den älteren A geben, weil er durch seine Handlung — sich und dem B ein Pfandrecht verschaffte und das Vermögen des Titius vermehrt habe??

Es ergibt sich somit aus der in den Quellen ausgesprochenen und auch allein denkbaren Begründung und Natur des privilegirten Pfandrechts wegen eines Darlehens zur Anschaffung oder juristischen Erhaltung einer Sache, daß dasselbe gegen einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nicht wirkt, sondern dieser dem privilegirten Pfandgläubiger des späteren Eigenthümers vorgeht.

2. Ganz dasselbe ist der Fall bei dem privilegirten Pfandrechte des Pupillen an der mit seinem Gelde gekauften Sache. Diesen privilegiren die Gesetze auch nur aus dem Grunde, weil durch sein Geld salva est facta pignoris causa [28]). Allein nur die pignoris causa der Gläubiger des Schuldners des Pupillen, der Gläubiger dessen, der sich mit dem Gelde Etwas anschaffte, nicht aber die der Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers konnte dadurch salvirt werden, und so kann auch hier das Privilegium nur gegen Jene, keineswegs aber gegen diesen wirken.

---

28) Vergl. das „*Idemque* est“ in D. XX. 4. (qui pot.) l. 7 pr. mit l. 6, besonders l. 6 pr. eod.

3. So bleibt uns daher von dem privilegirten Pfandrechte wegen versio in rem nur noch der Fall des Pfandrechts wegen eines, zur physischen Erhaltung oder Ausbesserung einer Sache gegebenen, Gelddarlehens übrig. In diesem Falle scheint allerdings auf den ersten Anblick an dem Resultate, welches in den beiden andern Fällen so unzweifelhaft ist, gezweifelt werden zu sollen. Denn der Grund, auf welchen hier die Privilegirung sich stützt, ist zwar derselbe, wie in den Fällen von Nr. 1 und 2. Allein er kann sich hier auch auf das Verhältniß eines Pfandgläubigers aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers erstrecken, was in den Fällen von Nr. 1 und 2 nicht möglich ist. Gebe ich nämlich Jemanden z. B. ein Gelddarlehen zur Ausbesserung seines Gebäudes: so nütze ich dadurch nicht blos seinen Pfandgläubigern, sondern auch allen denjenigen, welche bei früheren Eigenthümern an dieser Sache Pfandrechte erworben hatten, indem für diese so gut, wie für jene das Pfand erhalten oder verbessert wird. Indessen dürften doch auch hier mehr Gründe dafür sprechen, daß das Privilegium nicht gegen einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers wirkt.

Vielleicht könnte man sich schon darauf berufen, daß der Grund, aus welchem die Römischen Juristen das Pfandrecht wegen versio in rem privilegirten, gerade in der Anwendung auf den Fall von Nr. 3 Etwas sinkt, und er daher um so mehr auf das Verhältniß der Pfandrechte zu beschränken sey, welches derjenige einräumte, dessen Vermögen durch das creditum in utilitatem vermehrt wurde. Es scheint nämlich bei jenem Grunde des „salvam fecisse pignoris causam“ nicht bedacht worden zu seyn, daß ja der Nutzen später wieder weggefallen seyn kann. Setze man z. B., ich lasse mir ein Haus verpfänden, später leiht der A dem Schuldner 1000 Thaler zur Ausbesserung und Erweiterung des Hauses, und läßt es sich auch verpfänden, nach einiger Zeit aber wird das Haus durch Brand oder andere Unfälle so beschädigt, daß von dieser Besserung und Erweiterung gar keine Spur mehr

vorhanden ist, und nun wollen ich und A unsre Pfandrechte realisiren. Hier greift der Grund, aus welchem A privilegirt ist, nicht mehr durch, und es wäre wohl civilistisch richtiger gewesen, dem creditor in utilitatem nur in soweit ein Privilegium zu geben, als durch das creditum zur Zeit der Realisirung des Pfandrechtes die Sache wirklich noch gewonnen hatte. Allein die R. Juristen nehmen allerdings nun einmal das Privilegium allgemein an, ohne Rücksicht auf spätere Zufälle. Ließe sich aber dieß auch rechtfertigen gegen einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers?

Hier greifen doch wohl noch besondere Verhältnisse und Rechtsgrundsätze ein. Im Verhältnisse zu jenem Pfandgläubiger ist der spätere Eigenthümer blos dritter Besitzer des Pfandes, was sich an sich gewiß nicht läugnen läßt, und Hepp noch näher erwiesen hat. Macht nun der dritte Besitzer des Pfandes auf das Pfand Aufwand, sey es nothwendiger oder nützlicher: so kann er, wenn er mit der hypothecaria belangt wird, vom Pfandgläubiger in der Regel den Aufwand nicht ersetzt verlangen kann, und selbst in dem Falle, in welchem er ihn ersetzt verlangen kann, kann er ihn in der Regel nur in soweit ersetzt verlangen, als die Sache wirklich „pretiosior facta est“ [29]). Gehen wir nun von allgemeinen Principien aus, wie wir gerade bei diesem

---

29) Es ist freilich hierüber Streit wegen zweier, scheinbar einander widersprechenden Stellen, nämlich D. XX. 1. (de pign.) l. 29. §. 2. und XXXIX. 2. (de damn. inf.) l. 44. §. 1. Allein welcher Ansicht man auch beipflichten mag, ob der, daß man zwischen malae und bonae fidei possessor unterscheiden müsse, oder der, wohl richtigeren, von *Cujacius* (Tract. ad African. ad l. 44 cit.) daß zu unterscheiden sey zwischen impensae *refectionis* und sumtus *aedificationis*, exstructionis (in rem *novam* factis) — in jedem Falle ist soviel gewiß, daß der Besitzer nicht in allen Fällen den Betrag seiner nothwendigen und nützlichen Verwendungen ersetzt verlangen kann.

Privilegium am ehesten können, da es allgemeinen Principien seine Entstehung verdankte: so dürften diese doch wohl dafür sprechen, daß der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers durch eine vom späteren Eigenthümer vorgenommene Verpfändung nicht zu mehr verpflichtet werden kann, als zu was er ohnehin verpflichtet ist, d. h. zum Ersatze der impensae, welche er überhaupt dem dritten Besitzer ersetzen muß. Dieses und nicht mehr könnte der creditor in utilitatem ansprechen ex persona seines Schuldners.

Indessen gebe ich gerne zu, daß hier, auf dem Boden allgemeiner Grundsätze allein, die Sache immer noch zweifelhaft bliebe. Allein es kommen noch andere, specielle Gründe hinzu. — Denn

a. unsre Quellen, und zwar nicht blos erst Justinian in seinen Novellen, sondern schon die Pandecten, setzen das privilegirte Pfandrecht wegen eines Darlehens zur juristischen Erhaltung und zur Anschaffung einer Sache in völlig gleiche Categorie mit dem wegen eines Darlehens zur physischen Erhaltung und Verbesserung der Sache [30]).

Da nun die Quellen, wie gezeigt wurde, das erstere Pfandrecht auf keinen Fall über das Pfandrecht aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers setzten und setzen konnten: so ist es das Nächstliegende und dem Sinne der Quellen Gemäße, das Gleiche auch von dem anderen Hauptfalle anzunehmen.

b. Nach Novelle 136 haben die Argentarii eine privilegirte Hypothek an jeder Sache, zu deren Anschaffung sie Geld liehen, wenn sie sich an derselben ein Pfandrecht schriftlich bestellen ließen, und zwar ist ihr Privilegium so stark, daß es jeden anderen creditum in utilitatem an derselben Sache, selbst dem ad *conservandam* etc. rem, vorgeht [31]).

30) f. D. XX. 4 (qui pot.) l. 5 — 7. Nov. 97. cap. 3.

31) Nov. 136. cap. 3. Kraut comm. de argentariis. Goett.

Nun läßt sich aber leicht zeigen, daß gerade diesem so sehr privilegirten Pfandrechte der Argentarii der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers vorgehen muß. Ich bedarf nicht einmal, mich hierauf zu berufen, daß, wie oben gezeigt wurde, gerade für den Fall des Pfandrechts wegen eines creditum ad *emendam* rem alle Gründe dagegen sprechen, dasselbe über das Pfandrecht aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers zu setzen. Denn ein ganz unmittelbarer Beweis für dasselbe Resultat liegt gerade in Beziehung auf den Fall der Argentarii in den Quellen selbst. Justinian sagt in Nov. 136: er gebe den Argentariis (nach Homberg k's Uebers.) „potiora jura prae omnibus in iis rebus, quae ex illorum pecunia emtae probantur." Dasselbe bezeichnet er aber in der Hauptstelle vorher dadurch: „res pecunia illorum emta illis addicatur, *quasi revera ab illis emta*, nuda vero emtoris appellatio illi (sc. debitori) imposita esset." Dieß heißt also: Sie sollen eine Art von Separatisten seyn; es soll nämlich so angesehen werden, als ob der Kauf für sie geschehen wäre, und deßhalb sollen sie gleichsam als Eigenthümer andern Pfandrechten vorgehen. Als solche können sie aber nur den, von ihrem Schuldner früher (z. B. durch ein General-Pfand oder durch Verpfändung der Sache, so lange sie noch aliena war) oder später auf die Sache gelegten Pfandrechten vorgehen. Denn wenn schon aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers Pfandrechte auf der Sache haften, und die Argentarii nun bei der Erwerbung der Sache durch den Schuldner so behandelt werden sollen, quasi revera res illis emta sit: so leidet es keinen Zweifel, daß sie jenes ältere Pfandrecht eben so sehr gegen sich anerkennen müssen, wie es der Schuldner gegen sich anerkennen müßte. Wenn nun jenes Pfandrecht sogar besser ist, als das so sehr privilegirte

---

1826. p. 127. de Buchholz comm. qui pot. in pign. Regiom. p. 8. 9.

der argentarii (welches allen späteren creditores in utilitatem an derselben Sache, selbst denen, welche zur physischen Erhaltung der Sache geliehen haben, vorgeht), wie soll es nun denjenigen creditores in utilitatem nachstehen, welchen das der argentarii nicht nachsteht?

Zwar ist die Nov. 136 nicht glossirt. Allein dieser Umstand, der übrigens in der neueren Zeit zum Theile übersehen zu werden scheint, kann der Beweiskraft des eben Ausgeführten nichts benehmen. Denn jedenfalls ist doch die Novelle ächt, und kann daher, wenn auch ein neuer, in ihr aufgestellter Rechtssatz wegen des Mangels der Glosse bei uns keine praktische Gültigkeit hat, doch als historisches Zeugniß über den Sinn und Umfang benützt werden, in welchem Justinian die, in andern Gesetzen begründeten, Rechtsverhältnisse auffaßte, und blos als ein solches Zeugniß sollte sie hier benützt werden.

c. Ein weiterer Beweis für unsre Ansicht liegt noch darin, daß, wie nun näher zu zeigen ist, dem Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers die Ehefrau mit ihrem privilegirten Pfandrechte wegen ihrer Dos nachsteht, während doch dieses ihr privilegirtes Pfandrecht allen jüngeren privilegirten creditores in utilitatem vorgeht [32]).

B. Das gefährlichste, und eben deßhalb wichtigste privilegirte Pfand ist das der Ehefrau wegen ihrer Dos.

Gerade aber bei diesem Pfande dürfte sich nicht nur durch Schlüsse, sondern auch durch die ausdrücklichen Worte der Quellen selbst nachweisen lassen, daß es dem Pfandrechte aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nachstehe.

Zuerst von dem Letzteren:

Justinian privilegirt in C. VIII. 18. (qui pot.) cst. 12. das Legalpfand, welches er in C. V. 13. (de rei uxor. act.) cst. un. §. 1 den Ehefrauen wegen ihrer Dos am gan-

---

32) Vergl. Mühlenbruch doctr. Pand. ed. 3. §. 323. Not. 16. de Buchholz l. c. p. 10. sq.

zen Vermögen des Mannes eingeräumt hatte. **Gegen wen** privilegirt er aber dieses Pfandrecht? Die Antwort auf diese Frage liegt auf eine ganz unzweifelhafte Weise in den ausdrücklichen Worten der Quellen. Er privilegirt die Frau blos gegen „*mariti creditores*", indem er in der cst. 12. §. 1 cit. sagt: „potiora jura contra omnes habere *mariti creditores*, licet anterioris sint temporis privilegio vallati." Mariti creditor kann aber nur der heißen, welcher persönliche Ansprüche an den Mann hat, sey es mit oder ohne Pfandrecht. Somit ist die Frau nach den Worten des Gesetzes selbst, welches ihr Privilegium einführt, **nicht** privilegirt gegen einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers. Bedürfte dieß noch einer Bestätigung: so ginge sie aus dem ganzen übrigen Inhalte der cst. 12. cit. hervor. Denn diese spricht immer nur von der Concurrenz persönlicher, mit Hypotheken und Privilegien bekräftigter, Forderungen gegen den Mann, und besonders bezeichnend ist hier der Schluß des pr. der Stelle (oportebat enim disponi maritos *creditoribus suis* ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris etc.)

Vollends ganz zweifellos dürfte wieder hier das Resultat werden, sobald wir eine Concurrenz bei einem **dritten** Besitzer in's Auge fassen. Man nehme den Fall: A verpfändet sein Haus an X, verkauft es sodann an B; dieser heurathet die Y, bekommt von ihr eine Dos, und veräußert später das Haus an C. Nun klagen X und die Y gegen C mit der hypothecaria.

Nach der neuen Ansicht, welche das Vorzugsrecht des Pfandgläubigers aus den Zeiten des früheren Eigenthümers bestreitet, müßte man hier so sagen: Hypotheken gegen einander ordnen sich zunächst nach dem Privilegium. Die Y hatte an der Sache eine privilegirte Hypothek erworben, der X nicht, also geht die Y vor. Allein die cst. 12 sagt ja nicht, daß die Hypothek der Frau besser seyn soll, **als alle Hypotheken**, welche je auf die im Eigenthume des Mannes

befindlichen Sachen gelegt wurden, sondern nur sie solle „potiora jura contra omnes *mariti creditores*“ haben. Im angegebenen Beispiele ist aber ja X nicht creditor mariti, sondern creditor des A, und hat mit dem maritus auch nicht das Geringste zu schaffen. Wie will nun die Frau aus den Gesetzen hier einen Vorrang rechtfertigen? Man könnte dieß nur durch ein völliges Hinausgehen über die Worte des Gesetzes, für welches aber hier kein Grund sich anführen ließe, und ohnehin ist ja von Privilegien die Rede, bei denen man, wenn je, doch nur aus den klarsten Gründen, eine solche Extension vornehmen dürfte.

Alles dieses wird endlich noch ganz bestätigt durch die Nov. 97. cap. 2, wo Justinian das Privilegium dotis auch auf das augmentum dotis ausdehnt. Hier beschreibt er das privilegium dotis auf folgende Weise: „Dotibus enim privilegium dedimus, ut antiquioribus hypothecis potiora jura habeant, cum *illi*, *qui cum maritis contrahunt*, substantiae eorum credant, non vero substantiae mulierum, quae tum forte maritis *antea contrahentibus* ne quidem juncta fuerunt.“

Hier sieht man so recht eigentlich, daß es Justinian gar nicht in den Sinn kam, an eine Privilegirung der Frau gegen Pfandrechte aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers zu denken. Zwar setzt er die Frauen „antiquioribus hypothecis“ vor.

Daß aber dieß nichts andres heißen soll, als was er in der cst. 12. cit. mit „potiora jura contra omnes mariti creditores licet anterioris sint temporis privilegio vallati“ bezeichnet, dieß geht aus den gleich folgenden Worten hervor, wo er diese hypothecas blos auf diejenigen bezieht, qui cum maritis contrahunt etc., so wie er auch später von creditores *viri*, debitum *viri* etc. redet.

Endlich spricht ja auch der Grund, auf welchen Justinian hier und in dem angeführten pr. der cst. 12. cit. das ganze Privilegium stützt (qui cum maritis contrahunt,

substantiae eorum credunt etc.) auf's Klarste dagegen, das Privilegium gegen einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers wirken zu lassen.

Es dürfte sich somit hieraus ergeben, daß das, was unsre Praxis aus einem guten Tacte annahm, durch eine genauere Betrachtung der Gesetze sich ganz bestätigt.

Uebrigens ließen sich außer den Gesetzesworten für das auf diesem Wege gewonnene Resultat auch noch einige Schlüsse anführen. Ich berühre hier nur den Einen. Vindicanten gehen den Concursgläubigern vor. Wenn aber auf ihrem Eigenthume eine gültige Hypothek haftet, z. B. etwa sie oder ein früherer Eigenthümer es verpfändeten: so müssen sie natürlich diese Hypothek gegen sich gelten lassen. Nach der Ansicht der Dissentienten bekämen wir nun aber die ganz eigne Anomalie, daß die Frau als Concursgläubigerin größere Rechte hätte, denn als Vindicantin, daß sie als Erstere Pfandrechten vorgehen würde, denen sie als Letztere nachstände. In C. V. 12. (de pir. dot.) cst. 30 gibt nämlich Justinian in Beziehung auf die Dotalsachen selbst, seyen sie aestimatae oder inaestimatae (si tamen extant) der Frau die Wahl, ob sie sie vindiciren, oder mit einer hypothecaria (welche „omnibus anterior" seyn solle) fordern will, eine Wahl, wie sie auch sonst noch in andern Fällen vorkommt [33]. Nun setze man einmal das Beispiel: A verpfändet an X sein Haus, und verkauft es später an die Y. Diese gibt das Haus ihrem Manne venditionis causa ästimirt in dotem. Hierauf macht der Mann Concurs. Hier kann die Frau das Haus vindiciren. Niemand wird aber wohl bestreiten, daß sie das alte, auf dem Hause haftende Pfandrecht gegen sich anerkennen muß. Wenn nun aber die Frau das Haus nicht vindiciren, sondern die Aestimation desselben einklagen und wegen des Hauses von

33) Vergl. auch Zimmern im Rhein. Museum B. III. S. 346 f.

ihrer privilegirten hypothecaria actio Gebrauch machen will: soll sie nun sagen können, als privilegirte Pfandgläubigerin gehe sie allen Hypotheken vor, also auch der des X?

Daß eine solche Anomalie Justinian nicht wollte, dieß geht wieder aus den Worten der cst. 30. cit. selbst hervor. Denn er beschränkt wieder ausdrücklich den Vorzug der Hypothek auf *creditores mariti*, indem er sagt: „neminem *creditorum mariti*, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare." Wollte man aber etwa sagen: hier stehe allerdings die Frau dem Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers nach; allein dieß sey nicht der Fall bei der von den Gesetzen später ihr eingeräumten, privilegirten Hypothek an dem eigentlichen Vermögen des Mannes: so würde man sich — abgesehen davon, daß, wie gezeigt wurde, auch bei dieser Hypothek die Gesetze blos von „mariti creditores" sprechen und sie nicht von jener Hypothek trennen (l. Nov. 97. cap. 2. 3.) — in noch größere Anomalien verwickeln. Denn hiernach würde die Frau wegen ihrer Dos als Gläubigerin am Vermögen des Mannes größere Rechte haben, als ihr welche zukämen als Gläubigerin oder sogar als Vindicantin an den Dotalsachen selbst.

C. Privilegirtes Pfandrecht des Fiscus an den Sachen seines Schuldners aus Verträgen.

Es kann nicht die Rede davon seyn, auf die Frage, ob überall dieses höchst bestrittene Privilegium in den Quellen begründet sey, hier näher einzugehen, eine Frage, über welche man, bei dem Stande unsrer Quellen, niemals zu einer völligen Sicherheit und jedenfalls gar nicht zu einer Einigkeit kommen wird. Zu unsrem Zwecke genügt es vollkommen, die Nachweisung zu geben, daß, wenn auch das Privilegium begründet seyn sollte, doch der Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers den Vorzug vor demselben haben müsse.

Die einzige Stelle, welche von diesem Privilegium handelt, ist die bekannte l. 28. D. XLIX. 4.

(de jure fidei):

Ulpian. lib. 3. Disputatt. Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus.

Von den Ansichten, nach welchen hier dem Fiscus ein Pfandprivilegium eingeräumt werden soll, sind es hauptsächlich zwei, in welche die Civilisten sich theilen. Allein weder nach der einen, noch nach der andern dieser Ansichten kann sein Privilegium soweit gehen, daß durch dasselbe ein Pfandrecht aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers vernachtheiligt würde.

Dieß ergibt sich

1. schon auf den ersten Anblick bei der bekannten Auslegung, welche Hennemann der Stelle gibt. Nach dieser soll die Stelle blos eine ganz specielle Beziehung haben, und nur so viel sagen wollen: Wenn Jemand, welcher sein ganzes Vermögen an einen Dritten verpfändete, eine Sache vom Fiscus pachtete (oder sonst in Beziehung auf eine Sache Schuldner des Fiscus wird), und nachher diese Sache dem Fiscus abkaufte: so gehe an dieser Sache der Fiscus mit seinem gesetzlichen Pfandrechte vor, weil fingirt werde, der Fiscus habe das Pfandrecht an seiner Sache schon vor der Veräußerung gehabt.

Bei dieser Erklärung, die übrigens von den meisten Späteren nicht angenommen, jedoch auch von Einigen [34]) gebilligt wird, erhält also der Fiscus blos in soferne ein Privilegium, als seinem Pfandrechte ein höheres Alter zu-

---

34) Z. B. von Thibaut Pand. R. §. 657. Spangenberg in diesem Archive B. XI. S. 458.

geschrieben wird, aber nur im Verhältnisse zu den Pfandrechten, welche der Erwerber der fiscalischen Sache bestellte. Es ist also hier ganz klar, daß mit dieser Fiction der Fiscus über einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nicht hinaufkommen kann. Hiebei ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß dieser frühere Eigenthümer hier, da nach der Hennemannschen Erklärung blos von einer vom Fiscus auf den Gemeinschuldner übergegangenen Sache die Rede ist, entweder der Fiscus selbst seyn müßte, oder einer der Vorgänger des Fiscus. Nirgends ist aber, wenn wir die Hennemannsche Erklärung zu Grunde legen, in der Stelle der — gewiß äußerst exorbitante — Grundsatz ausgesprochen, daß das Pfandrecht, welches des Fiscus selbst an seiner Sache bestellte, oder welches ein Vorgänger des Fiscus auf die Sache legte, für jünger gelten solle, als das, welches der Fiscus später an der Sache erwarb. Vielmehr spricht die Stelle lediglich vom Vorzuge des Fiscus gegen ein vom späteren Erwerber der Sache eingeräumtes Pfandrecht. Uebrigens wird für den Hennemannschen Fall die Frage über das Verhältniß dieses Pfandrechtes des Fiscus zu einem Pfandrechte aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nach dem neueren Röm. Rechte ohnehin wegfallen. Denn nach diesem erlöschen ja dadurch, daß der Fiscus eine seiner Sachen veräußert, alle an der Sache haftenden Pfandrechte, und dem Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers, sey dieser Letztere der Fiscus selbst oder einer seiner Vorgänger gewesen, bleibt blos eine in vier Jahren verjährende Entschuldigungsklage gegen den Fiscus [35].

---

35) C. VII. (de quadriennii praescript.) cst. 2. pr. est. 3. Nach einer, auf einer scharfsinnigen Combination beruhenden, zuerst von Schrader (in G. A. Merz D. de indole divisionis hypothecar. in generales et spec. praes. E. Schrader Tub. 1818. §. 17.) aufgestellten, und spä-

2. Nach der zweiten, von den meisten Civilisten [36]) angenommenen Ansicht, die wirklich auch das Meiste für sich zu haben scheint, soll die Stelle dem Fiscus überhaupt ein Vorzugsrecht an den bona debitoris post contractum adquisita, woher sie auch erworben seyn mögen, einräumen. Gegen wen und gegen welche Hypotheken wirkt nun dieses Vorzugsrecht?

Es lassen sich hier vier Fälle denken:

a. Wirkt es gegen die Generalhypothek, welche der Schuldner des Fiscus früher eingeräumt hatte? Dieß leidet, sobald man die l. 28 auf die eben angegebene Weise auslegt, keinen Zweifel.

b. Wirkt es gegen die Specialhypothek, welche der Schuldner des Fiscus an der Sache, ehe sie ihm gehörte, dritten einräumte, und welche dadurch gültig wurde, daß der Schuldner die Sache später erwarb? Bekennt man sich zu der Ansicht, daß Generalhypotheken auch an den rebus futuris sich von dem Augenblicke der Entstehung der Generalhypothek an dotiren: so bedarf der Fiscus, um in dem angegebenen Falle der späteren Specialhypothek vorzugehen, nicht einmal eines besonderen Privilegiums. Bekennt man

---

ter von Zimmern (in dessen und Neustätels Römisch. rechtl. Unters. Heidelb. 1821. S. 296 f.) angenommenen Ansicht soll sich die l. 28. cit. erklären durch einen Vorzug, welchen ein dem Fiskus zustehendes Specialpfand vor Generalpfändern gehabt habe. Allein auch diese Ansicht steht auf keinen Fall dem entgegen, was in der vorliegenden Abhandlung erwiesen werden soll. Denn abgesehen davon, daß ihre Vertheidiger zugeben, jener Vorzug sey im neueren Röm. Rechte nicht mehr allgemein begründet: so würde jedenfalls die l. 28. cit. auch blos einen Vorzug des Specialpfandes des Fiscus vor demjenigen General-Pfande aussprechen, welches der Besteller des Special-Pfandes einräumte.

36) s. Glück Erläut. Band. B. XIX. S. 250 — 260. Mühlenbruch doctr. pandect. ed. 3. §. 323. Not. 13.

sich aber zu jener Ansicht nicht: so ist die Bejahung der Frage nach der l. 28 allerdings zweifelhaft, da diese lex blos von einer Concurrenz des Fiscus mit einer Generalhypothek spricht. Indessen hat natürlich weder die Bejahung noch die Verneinung dieser Frage auf unsre Untersuchung irgend einen Einfluß.

c. Wirkt es gegen privilegirte Pfandrechte, welche der Schuldner des Fiscus später an den rebus post contractum adquisitis bestellte?

Auch diese Frage wird von Vielen bejaht, von Andern verneint; jedenfalls ist aber auch sie für unsre Untersuchung ohne Wichtigkeit.

d. Wirkt es auch gegen Pfandrechte, welche ein früherer Eigenthümer an der Sache bestellt hatte, ehe die Sache an den Schuldner des Fiscus kam?

Hier sprechen sowohl die Worte der l. 28 als die einzig denkbaren Gründe, welche ihr unterliegen können, für die Verneinung der Frage. Gehen wir von den Worten aus: so schreibt die Stelle dem Fiscus an der vom Schuldner später erworbenen Sache doch in der That blos ein Vorzugsrecht zu, bei der Concurrenz mit einem von demselben Schuldner bestellten Generalpfande, nirgends aber einen Vorzug vor einem Pfande, welches ein früherer Eigenthümer an der Sache bestellt hatte. Weiter aber zu gehen, den Vorzug auch auf den letzteren Fall gegen die Gesetzesworte auszudehnen, hiezu hat man doch keine Befugniß, um so weniger, als gerade von einem *jus singulare* die Rede ist, und als man auch keinen besondern Grund für eine Ausdehnung anführen kann.

Oder wollte man etwa sagen: es heiße ja in der Stelle ganz allgemein: „praevenit causam pignoris fiscus," und in C. XII. 63. (de primipilo) cst. 3. stehe gar: „utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus?" Es ist allerdings namentlich die letztere Stelle schon häufig be-

nützt worden, um auf sie einen unbedingten Vorzug der Fiscalprivilegien zu gründen. Allein gewiß sehr mit Unrecht. Denn nehmen wir jene Stellen so allgemein, wie sie ausgesprochen sind: so müßte man ja nach ihnen behaupten, daß der Fiscus in allen und jeden Fällen, wegen aller und jeder Forderungen unbedingt den Privaten vorgehe, und alle privatorum contractus mit Füßen treten könne; man müßte dann sagen, das bekannte besondere Vorrecht des Fiscus wegen Primipilarforderungen wirke nicht blos gegen Frau und Kinder des Primipilus, sondern gegen jeden Gläubiger des Primipilus und am Ende gegen Jeden, dessen Eigenthum der Primipilus administrirte; man müßte sagen, der Fiscus habe nicht blos ein Privilegium an den bona *post contractum* adquisita seines Schuldners, sondern auch an dem vor dem Contracte schon erworbenen Vermögen desselben u. s. w. Dieß will man freilich nicht; allein dann muß man auch consequent seyn, und darf solche allgemeine Sätze nur auf das Resultat beziehen, welches gerade die Quellen mit ihren Belegen, oder zum Theile — beschönigen wollen. So ist daher das „praevenit causam pignoris fiscus" blos auf den Fall der l. 28. cit. zu beziehen, und der merkwürdige Satz mit der utilitas publica in der const. 3. cit. blos auf die specielle Ungerechtigkeit zu beschränken, zu deren Beschönigung Diocletian zu ihm seine Zuflucht nimmt.

Außerdem daß kein Grund für eine extensive Auslegung der l. 28. cit. angeführt werden kann, sprechen noch bestimmte Gründe gegen eine solche Auslegung. Die Stelle privilegirt den Fiscus blos an den bonis *post* contractum adquisitis. Auf welchen Grund stützt sich wohl diese Beschränkung? Denkbarer Weise auf keinen andern, als auf den: sie will dem Fiscus ein Privilegium zwar einräumen, aber es soll dasselbe so wenig wie möglich früher erworbene Rechte kränken. Deßhalb geht der ältere Generalpfandgläubiger dem Fiscus mit dem Pfandrechte vor das er einmal fest, sicher und bestimmt

vor dem Fiscus am vorhandenen Vermögen erworben hatte, d. h. mit dem Pfandrechte an dem Vermögen, welches der Schuldner schon zur Zeit des mit dem Fiscus geschlossenen Vertrags hatte. Wenn nun aus diesem Grunde sogar der ältere Pfandgläubiger des Gemeinschuldners dem Fiscus vorgeht, wie ließe es sich irgend rechtfertigen, gegen die Worte des Gesetzes denjenigen dem Fiscus nachzustellen, welcher, ehe noch die Sache an den Gemeinschuldner kam, an ihr schon ein festes und sicheres Pfandrecht längst vor dem Fiscus erworben hatte?

Gewiß wird es genügen, auf dieses, in der l. 28. cit. selbst liegende Argument nur hingedeutet zu haben, und weder einer weiteren Ausführung desselben noch weiterer Argumente zum Belege der Behauptung bedürfen, daß jedenfalls der Sinn der l. 28. cit. nur der seyn kann: der Fiscus soll als antiquior gelten im Verhältnisse zu den Pfändern, welche erst durch die vom Gemeinschuldner geschehene Erwerbung der Sache eine feste Existenz erhielten, er solle also insoferne zwar ein Vorzugs-Recht haben, aber nur insoweit, als an den Pfändern nicht schon ein früheres, festes, nicht erst in Folge ihrer Erwerbung durch den Gemeinschuldner entstehendes Pfandrecht haftete.

Somit muß der Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers an der res post contractum adquisita dem Fiscus vorgehen.

D. Das letzte Pfandrecht, welches noch zu untersuchen ist, ist das gesetzliche Pfandrecht, welches dem Fiscus am ganzen Vermögen des Abgabepflichtigen zusteht.

Wir haben über dieses Pfandrecht in unsren Quellen blos ein einziges kaiserliches Rescript, welches noch dazu durch seine Fassung manchen Zweifeln Raum gibt. Ehe wir aber auf dieses näher eingehen, ist noch folgendes zu bemerken:

Der Fiscus hat wegen rückständiger Abgaben auch ein Separationsrecht. Dieses findet jedenfalls Statt bei

Grundabgaben an dem Grundstücke, von welchem Abgaben rückständig sind. Denn hier behandelt das Röm. Recht selbst die rückständigen Abgaben als eine wahre Reallast, welche mit dem Gute auf jeden Erwerber der Sache übergehen [37]. Hier versteht es sich nun natürlich von selbst, daß auch der Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers dieses Recht gegen sich anerkennen muß, und daher das Gut nur mit der darauf ruhenden Last des Haftens für die rückständigen und laufenden Abgaben veräußern kann.

Manche gehen aber noch weiter und wollen dem Fiscus überhaupt wegen rückständiger Abgaben aller Art eine Art von Separationsrecht, oder vielmehr einen unbedingten Vorzug als creditor creditorum an der ganzen Masse einräumen. Allein aus der Natur dieser Fiscalforderung wird sich in keiner Weise ein Beweis dafür beibringen lassen. Denn wie soll der Fiscus wegen früher fällig gewordener Abgaben, vollends wegen persönlicher, einen Anspruch an die *creditores* des Gemeinschuldners bekommen? Auch sagt kein Gesetz etwas der Art. Denn von den Stellen, welche dafür angeführt werden [38]) sprechen die einen (die in Note 36 angeführten) blos von dem Separationsrechte an dem Grundstücke wegen der von demselben rückständigen Grundabgaben, andere blos von einem Pfandrechte des Fiscus (C. VIII. 15. in quib. caus. pign. est. 1. IV. ub. si propt. publ. pensitatt. est. 1.). Die Letztere ist die, welche bei unsrer Frage in Betracht kommt. Sie lautet:

Antoninus Materno. Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque *creditore*

---

37) D. XXXIX. 4. (de publicar.) l. 7. XLIX. 14. (de jure fisci) l. 36. C. IV. 47. (sine censu etc.) Tot. tit.

38) s. z. B. Thibaut PandR. §. 655. Not. m.

ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente; potior est enim causa tributorum, *quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.*

Ich möchte hier es wagen, vor Allem den Zweifel aufzuwerfen, ob denn durch diese Stelle überhaupt ein privilegirtes Pfandrecht für den Fiscus begründet werde.

Die allgemeine Meinung war zwar von jeher dafür, und ich kenne nur einen einzigen Schriftsteller, welcher anderer Ansicht ist. Dieser (Huber praelectt. jur. civ. P. III. ad Lib. 20. tit. 4. Dig §. 2) nimmt das „priore loco" in der cst. 1. cit. nicht „de privilegio juris," sondern „de priore loco ratione temporis," führt übrigens nichts zur näheren Begründung dieser Ansicht an, und äußert sich überhaupt nur zweifelnd darüber. Indessen dürfte sich doch Manches für diese Ansicht anführen lassen. „Prior" bezeichnet in der Regel in unsren Quellen beim Pfandrechte nicht den dem Rechte nach Ersten, sondern den der Zeit nach Ersten, den früheren Gläubiger [39]) und „priore loco rem obligare" kann gar wohl heißen: zuerst — der Zeit nach — eine Sache verpfänden, gerade wie an einigen Stellen „pignus secundo loco" oder „posteriore loco accipere" bestimmt in der Zeit nach schlechteres Pfandrecht erhalten bedeutet [40]). Auch enthält die cst. 1. cit. selbst keinen Grund dagegen, daß priore loco in jenem Sinne zu nehmen. Caracalla rescribirt darin: Weder der frühere Eigenthümer, dem die Sache verkauft wurde, noch sein Pfandgläubiger könne in vorliegendem Falle einen wegen rückständiger Abgaben geschehenen Verkauf einer Sache wieder

39) Man vergleiche z. B. nur den Digestentitel qui potiores, namentlich l. 5. („interdum posterior potior est priori") l. 3. §. 1. u. a. Ebenso den Codextitel qui potiores, z. B. cst. 6 — 8. Ferner C. VIII. 20. (si antiquior) cst. 1. — 3.

40) C. VIII. 18 (qui pot.) cst. 1. 5.

aufheben. Denn die Abgaben gehen hier vor, da „für sie schon früher das ganze Vermögen des Abgabepflichtigen verhaftet worden ist.“

Auch kann man nicht wohl einwenden, daß ja bei dieser Auslegung die Stelle Dinge sage, die sich von selbst verstehen. Denn einmal bekräftigt die Stelle das Legalpfand des Fiscus am ganzen Vermögen des Abgabepflichtigen, für welches wir außerdem nur noch eine Stelle in unsren Quellen haben. Da dieses Legalpfand gerade zu Caracalla's Zeiten entstanden zu seyn scheint [41]: so erklärt es sich leicht, wie hier der Anfragende besonders darauf aufmerksam gemacht werden mußte, daß ja schon aus einer früheren Zeit her ein Legalpfand an dem Vermögen hafte. Auch spricht sie außerdem einen Grundsatz aus, welchen noch in einem besonderen Rescripte in den Codex aufzunehmen, Justinian für nöthig fand [42].

Endlich dürften auch noch andere Gründe für jene Auslegung sprechen. Justinian ist in seinen späteren Verordnungen eigentlich recht ängstlich bemüht, das Privilegium der Frau wegen ihrer Dos im Verhältniß zu andern Pfandrechten genau zu fixiren. Zuerst gibt er ihr ein Pfandprivilegium vor allen *antiquiores* creditores, vor allen, welche „anterioris temporis privilegio sunt vallati“ [43].

Dann aber fällt ihm ein, daß es auch jüngere privilegirte Hypotheken gibt [44]; und nun erklärt er, daß auch diesen die Frau vorgehen solle; denn „minui dotem *nullo*

---

41) Vergleiche Spangenberg in diesem Archive B. XI. S. 455.

42) C. VIII. 20. (si antiquior) cst. 2.

43) C. VIII. (qui pot.) cst. 12. Nov. 97. cap. 2.

44) Nov. 97. („Scimus quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, veluti etc.)

sinimus modo." Nur Eine Ausnahme fügt er bei. Der creditor in militiam soll unter gewissen Umständen besser seyn; aber auch hier fügt Justinian zur Bekräftigung, daß die Frau blos dieser Ausnahme weichen solle, bei: „in hoc sola specie mulier cedat" und „reliquis omnibus, secundum privilegium ipsis a nobis datum, praevaleat " [45]).

Wenn nun aber der Fiscus wegen der Abgaben ein privilegirtes Pfandrecht hätte, wie auffallend, wie unerklärbar müßte es seyn, daß Justinian hier dieses wichtigen und gefährlichen Privilegiums mit keinem Worte erwähnte, eines Privilegiums, das ihm oder seinen Rathgebern gewiß am Meisten im Gedächtniß seyn mußte, wenn es überall bestände.

Ganz einfach aber erklärt sich dieses Schweigen, wenn wir von den bisher ausgeführten Ansichten ausgehen. Nach diesen hat der Fiscus wegen der Abgaben kein Privilegium, und die Frau geht ihm somit schon nach der cst. 12. qui pot. vor, falls er antiquior creditor seyn sollte. Ebenso geht aber auch die Frau dem privilegirten Pfandrechte des Fiscus, welches derselbe als Contractsgläubiger an den bona post contractum adquisita hat, schon in Folge der cst. 12. qui potiores vor. Denn, nach der obigen Ausführung, besteht hier das Privilegium des Fiscus nur darin, daß er im Verhältnisse zu gewissen beim Gemeinschuldner entstandenen Pfändern, als *antiquior* gelten solle; die Frau aber wird von Justinian allen antiquiores vorgesetzt. So hatte daher Justinian gar keinen Grund, in seiner Novelle 97. der Fiscalpfandrechte noch besonders zu erwähnen. Es erklärt sich durch diese Ansicht vollkommen, und wohl allein durch sie, warum Justinian bei dem Dotalprivilegium blos zwei Classen von Gläubigern nennt, denen die Frau ohne Privilegium nachstehen würde, nämlich die „*antiquiores* credi-

---

45) Nov. 97. cap. 4. (nach der Uebersetzung von Homberg k.)

tores", und die creditores in utilitatem, welche als „*posteriores*, ex privilegiis a legibus eis concessis antiquioribus praeponuntur." Denn eine dritte Classe von Gläubigern, noch andere privilegirte Pfandgläubiger, welche hier collidiren könnten, fand er nicht vor, da der Fiscus als Contracts-Gläubiger, wie bemerkt, eigentlich blos zu den „antiquiores" gehört, indem er durch eine gesetzliche Fiction in gewissen Verhältnissen als antiquior betrachtet wird.

Würde man dieser Ausführung beitreten: so erledigte sich natürlich die Frage über das Verhältniß des Legalpfandes des Fiscus wegen rückständiger Abgaben zu einem Pfandrechte aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers von selbst. Das Letztere würde als das ältere vorgehen.

Hält man aber auch durch das oben angeführte Rescript von Caracalla ein Privilegium des Fiscus wegen jenes seines Legalpfandes für begründet, wie es ohne Zweifel die Praxis thut: so möchte das Resultat in Betreff unsrer Frage doch kein andres werden.

Hiefür dürfte schon der Umstand sprechen, daß dieses privilegirte Pfandrecht des Fiscus solchen Pfandgläubigern nachstehen würde, welchen nach der früheren Ausführung der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers vorgeht. Jenes Nachstehen des Fiscus ist zwar sehr bestritten. Denn die Meisten setzen das privilegirte Pfandrecht des Fiscus unbedingt über alle anderen privilegirten Pfandrechte. Allein es dürfte doch sehr in Zweifel gezogen werden können, ob sich dieses Letztere vertheidigen lasse, namentlich für das Dotalprivilegium und für das Privilegium der Argentarii. Die Dissentienten führten zwei Hauptgründe für ihre Ansicht an. Manche berufen sich auf den im Codex ausgesprochenen Grundsatz: utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus [46]. Allein daß dieser Grundsatz

46) Mackeldey Lehrbuch des heutg. R. R. Neunte Aufl. §. 321. Not. a. (vergl. aber achte Aufl. §. 321. Not. e.)

nichts entscheiden kann, dürfte schon aus dem oben über ihn Gesagten (Lit. C. Nr. 2. d.) hervorgehen. Auch könnte man leicht ebenso allgemeine Bemerkungen zu Gunsten der Dos, deren Begünstigung ja die Römer auch zur utilitas *publica* rechnen, aus den Quellen anführen, wie „dotium causa semper et ubique praecipua est" und dergleichen. Dieß noch dazu zum Theile aus einer Zeit, in welcher die dotes noch gar kein Legalpfand und kein Pfandprivilegium hatten, so daß sich klar ergibt, daß solche Redensarten nicht weiter zu erstrecken sind, als auf den Satz, der gerade speciell durch sie colorirt werden soll.

Ein sehr scheinbares Argument dagegen führen Andere [47]) wenigstens für den Vorzug des Fiscus vor dem Dotalprivilegium an. Sie sagen: Justinian setze die Dos blos den Pfandrechten vor, welche von ihr den Vorzug des Alters haben, nicht aber den privilegirten.

Dieß ist nun zwar nach dem Codexrechte allerdings richtig. Allein nach dem Novellenrechte wird es sich nicht vertheidigen lassen. Denn in Nov. 97 setzt ja Justinian ausdrücklich die Dos dem jüngeren [48]) privilegirten creditor in utilitatem vor. Dabei erklärt er, wie oben angeführt

---

Zimmern in seinen und Neustetels Röm. rechtl. Unters. S. 294. Seuffert Erört. Abthl. 2. S. 135.

47) s. z. B. Mühlenbruch doctr. pand. ed. 3. §. 323. Not. 16. — Andere berufen sich noch auf einige Quellenstellen, von denen aber v. Buchholz (Comm. qui pol. sint in pignorib. p. 43 — 49) gezeigt hat, daß sie nichts beweisen, wie auch andere Vertheidiger jener Ansicht selbst zugeben.

48) Manche behaupten, daß sie dem älteren creditor in utilitatem nachstehe, so Seuffert Erört. 2. Abthl. S. 137. Schweppe System des Concurses, 3. Ausg. S. 142. v. Schröter Zeitschrift für Civilrecht und Proceß u. s. w. B. 1. S. 342 f. Allein s. dagegen Mühlenbruch doctr. pand. ed. 3. §. 323. Not. 16.

wurde, in so allgemeinen Ausdrücken, daß die Dos allen Pfandrechten vorgehen soll, und ist so bemüht, die einzige Ausnahme, die er hievon macht, genau zu fixiren, wiederholt aber dabei zweimal, dieses sey die einzige Ausnahme: so daß sich hier nicht wohl Gründe werden nachweisen lassen, aus welchen man zu Gunsten des Fiscus restrictiv interpretiren dürfte, wenn man auch ganz davon absehen wollte, daß in ambiguis gegen den Fiscus zu sprechen ist [49]. Zwar beruft man sich noch auf Nov. 109. cap 1. Hier erzählt Justinian in der Einleitung allerdings blos: „foeminis privilegium dotium dedimus, ut et *antiquioribus* creditoribus praeferantur, et meliore loco sint, quamquam *tempore* vincantur." Allein wenn man auf diese Anführung Justinian's Nachdruck legen wollte: so würde ja zwischen dieser Nov. 109 und der Nov. 97, in welcher er die Frau den *junioribus* privilegiatis vorzieht, ein ganz unauflöslicher Wiederspruch entstehen. Man muß daher annehmen, daß Justinian in der Novelle 109. zunächst, und gerade im Gegensatze zu der gleich nachher erwähnten donatio propter nuptias, nur kurz den Hauptcharakter des Privilegiums bezeichnen wollte, und dieser besteht allerdings zunächst darin, daß dadurch der Vorzug des Alters gebrochen wird. Uebrigens faßt er sich gleich nachher in derselben Stelle und gerade an dem Orte, wo er an den Hauptpunkt, an die gesetzliche Disposition kommt, noch genauer, indem er in den Worten „hoc privilegium et tacitas hypothecas, *caeteraque omnia, quae mulieribus in diversis privilegiis a legibus nostris data sunt*," alle, wegen der dos gegebenen Begünstigung zusammenfaßt, und unter den letzteren Worten wären dann auch die Ausdehnungen, die er dem Dotalprivilegium in der Novelle 97 gab, begriffen.

---

49) Der hier vertheidigten Ansicht sind schon manche Aeltere (s. Glück Erläut. der Pand. B. XIX. S. 340.) und unter den Neueren besonders Buchholz l. c. p. 11. sq.

Außerdem gab es aber noch im Justinian'schen Rechte einen Pfandgläubiger, welcher dem Fiscus bestimmt vorging, aber, wie oben (bei Note 31) erwiesen wurde, dem Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nachstehend. Es ist dieß der Argentarius, welcher zum Ankaufe einer Sache Geld lieh, und sich schriftlich eine Hypothek an der Sache bestellen ließ. Daß dieser jedenfalls dem Fiscus (und auch der Ehefrau — somit eine zweite Ausnahme von der Wirksamkeit des Dotalprivilegiums, welche Justinian später, zwei Jahre nach der Nov. 97 machte) vorging, dieß wird sich nicht bestreiten lassen. Denn Justinian sagt von ihm ganz allgemein: „potiora illis jura *prae omnibus* damus in iis rebus, quae ex illorum pecunia emtae probantur." Dieses Resultat geht noch außerdem daraus hervor, daß ja Justinian erklärt, der Argentarius solle hier so behandelt werden, als ob die Sache von Anfang an für ihn erkauft worden sey (s. oben noch Note 31). Hieraus mußte folgen, daß bei dem Gemeinschuldner kein gegen dem *argentarius* wirksames Pfandrecht an der Sache entstehen konnte. Die in dem Bisherigen ausgeführten Beweisgründe für die Behauptung, daß das angebliche Pfandprivilegium des Fiscus wegen rückständiger Abgaben einem Pfandrechte aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nicht vorgehe, werden endlich noch ganz bestätigt durch die Worte der Stelle selbst, welche von jenem Pfandprivilegium spricht. Denn, nehmen wir auch das Privilegium jener Stelle — dem oben abgedruckten Rescripte von Caracalla — als begründet an: so dürfen wir doch dasselbe nicht weiter erstrecken, als das Rescript es erstreckt. Dieses weist aber dem Fiscus priorem locum blos an gegen die *creditores* des Abgabepflichtigen (nec creditore *ejus* etc.). Zu diesen gehört aber ein Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers nicht. Man wird hingegen nicht einwenden können, daß ja die cst. 1. si propt. publ. pensitatt. nur ein Rescript sey, das eben gerade von dem,

dem Kaiser vorgelegten, Specialfalle spreche, und das man daher auf diesen nicht beschränken dürfe. Denn es ist zu bedenken, daß dieses Rescript die einzige Stelle ist, die wir über jenes angebliche Privilegium haben, daß es uns also gar nicht möglich ist, zu erfahren, ob das Privilegium noch weiter ging, und weder eine andere Stelle, noch eine nachweisbare ratio befugt, weiter zu gehen, und wir uns somit um so mehr, als von Privilegien die Rede ist, streng an die Fälle und Worte der Quelle halten müssen.

VI.

Sollte mir in der Ausführung unter No. V. es gelungen seyn, nachzuweisen, daß theils nach den Gründen, auf welche sich einzelne Pfandprivilegien stützen, theils nach den Worten und Erklärungen der von den Pfandprivilegien handelnden Quellen, die Pfandprivilegien nicht unbedingt gegen jedes Pfandrecht, welches an derselben Sache besteht, einen Vorzug gewähren, sondern blos gegen die von Demjenigen bestellten Pfandrechte, bei welchem auch die privilegirten Pfandrechte entstanden, daß somit die Pfandprivilegien, welche bei einem späteren Eigenthümer entstanden, vor dem bei einem früheren Eigenthümer entstandenen Pfandrechte keinen Vorzug ansprechen können: so fallen eben damit auch die allgemeinen Gründe, welche für einen Vorzug der Pfandprivilegien angeführt wurden, von selbst, wie dieß unter Nr. IV. gezeigt worden ist. Zur näheren Bestimmung des Resultates ist aber hier noch Folgendes beizufügen:

1. Verpfändet Jemand seine Sache für eine fremde Schuld, so wirken die Pfandprivilegien, welche an seiner Sache bei ihm für eigene Schulden entstehen, auch gegen jenes Pfandrecht. Die Pfandprivilegien, welche bei Jemanden entstanden, wirken somit gegen alle Pfandrechte, welche an demselben Gegenstande von derselben Person, sey es für eigene oder für fremde Schulden, bestellt wurden. Dieser

Ansicht ist auch Hepp. Nur möchte ich sie nicht durchaus aus den Gründen folgern, welche Hepp [50]) dafür anführt. Vielmehr kommt es auch hier ganz wieder darauf an: welche Ausdehnung wollen die Gesetze ihrem Pfandprivilegium geben. Betrachten wir nun in dieser Hinsicht das oben über die Natur der Pfandprivilegien Ausgeführte: so dürfte sich leicht ergeben, daß theils die Gründe, auf welche sich diese Privilegien stützen, theils die Worte der Quellen für einen Vorzug der bei dem Gemeinschuldner entstandenen privilegirten Pfänder vor den von ihm für fremde Schulden bestellten simplen Pfändern sprechen.

Es werden zu diesem Zwecke einige Andeutungen genügen. So sprechen z. B. die Gründe, auf welche sich das Privilegium wegen eines creditum in utilitatem stützt, ganz für die Bejahung jener Frage. Entlehnt z. B. der Gemeinschuldner zum Ankaufe einer Sache Geld, und verpfändet dafür die Sache, nachdem er vorher einem Dritten für eine fremde Schuld ein Generalpfand auf sein Vermögen eingeräumt, oder ein Specialpfand auf jene Sache, in der Hoffnung ihrer Erwerbung bestellt hatte: so wird ja auch die pignoris causa des Dritten durch jenes Darlehen salvirt, weil ohne die durch dasselbe bewirkte Erwerbung der Sache das Pfand des Dritten an der Sache nicht hätte wirklich werden können. — Nehmen wir ferner das Pfandrecht des Fiscus an den bona post contractum adquisita. Hier wird dem Fiscus nach der obigen Ausführung in soferne ein Privilegium zugeschrieben, als es für älter gelten soll an der *res futura* im Verhältnisse zu einem früher bestellten Pfande, welches in Beziehung auf diese res futura auch erst dadurch Wirksamkeit bekommt, daß der Gemeinschuldner diese *res* erwirbt. Hatte nun der Gemeinschuldner für eine fremde Schuld einem Dritten sein Vermö-

50) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß B. IV. S. 51.

gen generell oder die res futura speciell verpfändet, und nachher mit dem Fiscus contrahirt, und dann die res futura erworben: so muß hier an dieser res futura nach den Worten [51]) und Gründen der l. 28. de jure fisci der fiscus dem Dritten vorgehen. Was endlich das privilegirte Dotalpfand betrifft: so setzt ja Justinian dasselbe namentlich denen vor „qui cum maritis contrahunt et substantiae eorum credunt" Verpfändete aber der Mann für eine fremde Schuld seine Sachen an Dritte: so contrahiren ja diese mit dem Manne; und sie müssen daher schon aus diesem Grunde der Frau nachstehen.

2. Wenn bei dem Erben privilegirte Pfandrechte entstehen, haben diese auch einen Vorzug vor den simplen Pfandrechten, welche bei dem Erblasser entstanden? Auch diese Frage bejahen die Vertheidiger des unbedingten Vorzugsrechts der Pfandrechte aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers gewöhnlich. Z. B. Hepp (a. a O. S. 42), und wie mir scheint, wenigstens theilweise mit Recht. Nur will ich nicht durch allgemeines Raisonnement die Frage zu erledigen suchen, sondern auch hier wieder blos auf die speciellen Entscheidungen der Quellen Rücksicht nehmen.

Bei den Gläubigern des Erblassers kommt hier vor allen Dingen ihr unbestrittenes Separationsrecht in Betracht. Nach diesem können sie fünf Jahre lang von der Antretung der Erbschaft an eine völlig abgesonderte Befriedigung aus des Erblassers Vermögen verlangen, und selbst den chirographarischen Gläubigern schaden weder Pfandrechte, welche inzwischen der Erbe auf dieses Vermögen legte, noch persön-

---

51) Denn die l. 28. spricht nicht blos von dem Falle, in welchem der Gemeinschuldner für seine Schuld ein Generalpfand bestellte, sondern sagt ganz allgemein: „Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset (ohne Rücksicht also, ob für eine eigene oder für eine fremde Schuld), cum fisco contraxerit" etc.

liche Privilegien, welche bei ihm entstanden [52]). Es können daher auch privilegirte Pfandrechte, welche bei dem Erben entstehen, den Pfandgläubigern des Erblassers nicht schaden, sobald sie auf die gehörige Weise von ihrem Separationsrechte Gebrauch machen.

Machen sie aber von demselben keinen Gebrauch oder nicht zur rechten Zeit Gebrauch, oder nehmen sie den Erben auf irgend eine Weise als ihren Schuldner an: so stellen sie sich dadurch zu ihm, nach den Gesetzen, ganz in die Kategorie seiner Gläubiger [53]). Was daher von diesen gilt, muß somit nun auch von ihnen gelten, und es müssen somit nun auch privilegirte Pfandrechte, welche beim Erben entstanden, gegen sie wirken. Sie sind nun creditores *ejus*, sie gelten für Solche, welche cum eo contraxerunt, und so beziehen sich schon die Worte der Quellen, welche von den Pfandprivilegien handeln, in angegebenem Falle auf sie. Auch leiden bei diesem, durch den Nichtgebrauch des Separationsrechtes nun eintretenden, Verhältnisse die speciellen Gründe, auf welche sich gewisse Pfandprivilegien stützen, wie z. B. das des creditum in utilitatem und das des Fiscus an den bonis post contractum adquisitis, welche auf einen Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers sonst keine Anwendung leiden; diese speciellen Gründe leiden nun auf ihr Verhältniß zum Erben und zu den bei diesem später entstandenen privilegirten Pfandrechten volle An-

---

52) D. XLII. 6. (de separatt.) l. 1. § 3. 4. Es wird zwar von einigen Aelteren bestritten, daß die Pfandgläubiger vom Separationsrechte Gebrauch machen können. Allein schon die Argumente aus den eben angeführten Stellen sind auf's Bestimmteste auch hier für das Separationsrecht. Noch andere Gründe für dasselbe führt an Dabelow Concurs der Gläub. 2. Ausg. S. 332 — 333. Vergl. auch noch D. l. c. l. 4. §. 1.

53) D. l. c. l. 1. §. 11 — 16.

wendung, falls überall der Fall ein solcher ist, in welchem das beim Erben entstandene privilegirte Pfand mit ihren Pfandrechten in Collision kommen kann. Dieß wird in die Augen fallen, sobald man sich in die einzelnen, hier vorkommenden Fälle hineinversetzt, und es wird daher nicht nöthig seyn, mittelst näherer Betrachtung der einzelnen Fälle dieses noch zu erweisen.

Nachdem an einigen Stellen oben Bemerkten sollten hier noch einige allgemeine Gründe, durch welche die bisherige Ausführung unterstützt werden dürfte, berührt werden. Indessen unterlasse ich es vorläufig, um die Abhandlung nicht über Gebühr auszudehnen, und behalte mir vor, gelegenheitlich bei einem anderen, in einem der nächsten Hefte zu gebenden Versuche über eine andere Pfandrechtsfrage in der angegebenen Hinsicht das hier Ausgeführte zu ergänzen.

Die vorstehende Abhandlung war schon geschrieben, als ich mit v. Löhr's und Thibaut's Ausführungen über denselben Gegenstand, welche in dem zweiten Hefte dieses Bandes des Archives abgedruckt sind, bekannt wurde. In beiden Ausführungen wird der Vorzug des Pfandrechtes aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers vor den privilegirten Pfandrechten, welche bei einem späteren Eigenthümer entstanden, bestritten. Ich fand in denselben eine mir sehr erfreuliche Bestätigung meiner Ansicht, daß durch allgemeine Principien allein jener Vorzug sich nicht erweisen lasse, namentlich auch nicht durch die in den neuesten Versuchen über diese Frage vorgebrachten. Im Uebrigen dürften durch jene Ausführungen diejenigen Gründe für jenes Vorzugsrecht nicht wohl getroffen werden, welche ich hier zunächst und hauptsächlich der Beurtheilung unserer Civilisten vorlegen wollte, da ich von einer speciellen Betrachtung der einzelnen Pfandrechtsprivilegien, deren besonderer Natur und der von ihnen handelnden

Quellen ausging, jene aber mehr gegen die allgemeinen Gründe gerichtet sind, welche in neuester Zeit für den Vorzug des Pfandgläubigers aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers beigebracht wurden.

XVI.

Ueber die Grundbestimmungen einer zweckmäßigen Gerichtsverfassung und Proceßordnung,

von Mittermaier.

---

1. Vorzug der Collegialjustiz vor der Justizverwaltung durch Einzelnrichter.

Daß der Deutsche Proceß einer Umgestaltung bedürfe, daß vorzüglich die Grundlagen, worauf er beruht, nicht diejenige Sicherheit gewähren, welche die Rechtsuchenden fordern können, wird ziemlich allgemein zugegeben. Die Stimme der Besonnenheit warnt aber vor übereilten Experimenten, die nur auf Kosten der Bürger gemacht werden; sie verlangt vorzüglich, daß man mit Umsicht die Vorfrage über die Grundbestimmungen berathe, welche bei der künftigen Gerichtsverfassung entscheiden sollen. Keine Frage wirkt dabei tiefer ein, als die über den Vorzug der collegialischen Einrichtung oder der Rechtsverwaltung durch Einzelnrichter. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, welche Grundform des Verfahrens in der Proceßordnung entscheiden soll, und ob Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, wenn man für ihre Einführung stimmt, eine Bedeutung haben sollen. — Bisher haben an der Verhandlung über den Gegenstand nur Schriftsteller Theil genommen; es lohnt sich wohl der Mühe einen